

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES PARTS DE FONDATEUR OU BÉNÉFICIAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mardi 20 novembre 1923 à 2 heures

PAR

René BERTRAND

Président : M. LYON-CAEN, doyen honoraire.

Suffragants { MM. WAHL, professeur.
PERCEROU, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR')

1923

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES PARTS DE FONDATEUR OU BÉNÉFICIAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mardi 20 novembre 1923 à 2 heures

PAR

René BERTRAND

Président : M. LYON-CAEN, doyen honoraire.

Suffragants { MM. WAHL, professeur.
PERCEROU, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1923



DES PARTS DE FONDATEUR OU BÉNÉFICIAIRES

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

Il n'est guère aujourd'hui de grandes sociétés par actions qui omettent de prévoir dans leurs statuts la création d'un nombre plus ou moins considérable de titres dénommés « Parts de Fondateur » (1) donnant droit à une fraction déterminée des bénéfices sociaux. Souligner l'importance et l'utilité de ces titres spéciaux depuis le jour où ils ont fait leur apparition dans les actes de société est devenu une constatation presque banale, tellement est grande la vogue dont ils jouissent. En effet complètement inconnus il y a soixante ans environ, ils ont pris de nos jours une extension si remarquable que l'esprit reste quelque peu confondu de la rapidité de leur essor. Les raisons de ce développement extraordinaire sont multiples. La constitution d'entreprises de plus en

1. On les désigne encore : parts bénéficiaires et plus rarement : bons de dividende, certificats de fondation.

plus importantes qui est un des traits caractéristiques de notre époque, exige en général une préparation longue et coûteuse. Des commerçants ou des industriels désirent-ils fonder une société anonyme ou une commandite par actions en vue d'exploiter un commerce, une concession, un brevet, une marque de fabrique, etc..., il faudra qu'ils effectuent de nombreuses démarches soit pour réunir les capitaux indispensables à la mise en route de l'entreprise, soit pour s'assurer les compétences et collaborations jugées nécessaires, qu'ils engagent au préalable d'importantes dépenses, qu'ils se livrent parfois aux études les plus délicates, bref qu'ils prodiguent sans réserve leurs soins dévoués et intelligents à la création de l'être social. En considération de leurs précieux services il importe de les récompenser. A cet effet l'esprit peut imaginer plusieurs modes de rémunération. Tantôt les fondateurs recevront de la société une somme d'argent déterminée. Sans doute ce moyen permet à une entreprise de se libérer sur-le-champ de la dette qu'elle a contractée, mais il présente l'inconvénient, suivant l'expression d'un auteur (1), de diminuer « ainsi l'actif précisément au moment où la société a en général le plus grand besoin de ses capitaux ». Tantôt il sera alloué aux intéressés des actions d'apport proportionnellement à l'importance et à l'étendue des services qu'ils auront rendus. Le procédé n'est pas non plus irréprochable. En effet lorsqu'il s'agit d'actions de cette catégorie, il est sinon impossible du moins très malaisé d'estimer même d'une façon approximative la valeur

1. Voir Blanchet, Thèse : *Les parts de Fondateur*, p. 4.

pécuniaire des soins, peines, démarches, travaux, etc... émanant des fondateurs. Dans ces conditions ne risque-t-on pas d'établir à l'égard de ces personnes une disproportion manifeste entre la rémunération qui leur sera attribuée et le concours qu'elles auront fourni pour la formation de l'entreprise : disproportion qui sera susceptible d'engendrer des abus regrettables et de créer des injustices caractérisées suivant les résultats accusés par l'exploitation sociale !

Une autre combinaison consiste à émettre des actions industrielles au profit des fondateurs. On sait que d'une façon générale ces titres confèrent à leurs propriétaires indépendamment du droit au coupon la faculté d'assister aux assemblées générales et de concourir à la dissolution de la société avec les actions de capital sur le solde actif après le remboursement préalable du montant des mises sociales (1). Mais là encore on fut obligé en fait de renoncer rapidement à l'attribution de ces actions car malgré un grand nombre d'auteurs favorables à leur validité, il n'en demeure pas moins certain qu'un tel mode de rémunération n'échappe pas à toute critique et notamment à celle tirée des règles protectrices du capital social, édictées par la loi du 24 juillet 1867.

Les praticiens eurent alors recours à une autre combinaison. Comme nous venons de montrer qu'il était très difficile de fixer avec précision la valeur des services et des initiatives de toute sorte émanant des fondateurs de

1. *Revue des sociétés*, mai 1922. Les actions industrielles, par M. J. Perroud.

la société, on décida avec raison de lier le sort des intéressés à celui de l'entreprise et de leur attribuer à titre de récompense une quote-part des bénéfices sociaux en leur délivrant, pour constater leurs droits, des titres spéciaux appelés généralement « parts de fondateur ou parts bénéficiaires ». De cette façon on intéresse les fondateurs à la réussite de l'affaire qu'ils ont créée et d'autre part on ne risque de commettre aucun abus ni aucune injustice à leur égard puisque leur rémunération varie suivant les résultats obtenus. Ces deux considérations expliquent pourquoi ces titres, après avoir fait leur apparition dans les statuts de la Compagnie du canal de Suez, ont pris une extension si rapide et si imprévue. Ajoutons que ce développement fut aussi favorisé par l'application de la loi du 1^{er} avril 1893, ayant prohibé la négociation des actions d'apport pendant deux ans après la constitution définitive de la société. Cette grave restriction apportée à la liberté des conventions eut pour principale conséquence de souligner la supériorité incontestable des parts de fondateur sur les autres modes de rémunération que nous venons d'exposer. La possibilité de disposer de ces titres à tout moment et sans la moindre réserve, la liberté complète qui caractérise leur régime, incitèrent les fondateurs à recourir de plus en plus à ce procédé commode et souple.

Envisagées dans leur conception primitive on peut dire que les parts de fondateur sont des titres ou certificats généralement négociables, créés par les statuts au profit des fondateurs pour les rémunérer de leur collaboration à la formation de la société, donnant droit à une quote-

part des bénéfices annuels, sans pouvoir d'entrée aux assemblées générales dont les décisions leur sont opposables et sans droit sur l'actif social disponible au moment de la dissolution.

En pratique ce sont les sociétés par actions qui créent des valeurs de ce genre. Pourquoi ? la raison est facile à donner. Seules, la société anonyme et la commandite par actions exigent de longues et pénibles études : seules elles réclament de la part de leurs créateurs des services si variés et si absorbants qu'elles obéissent plus que jamais à la nécessité d'attribuer à titre de récompense aux fondateurs un droit à une partie des bénéfices réalisés.

Mais il existe d'autres formes de société : d'une part la société en participation et d'autre part les sociétés de personnes se formant (*cum intuitu personæ*).

Peut-on concevoir l'émission de parts de fondateur dans ces deux espèces de sociétés ? Examinons d'abord la question en ce qui concerne la société en participation dont les caractéristiques principales sont de n'avoir aucune existence à l'égard des tiers et d'être dépourvue de la personnalité morale (art. 49 C. com.). Quelle décision convient-il d'adopter ?

Quelques auteurs (1) avaient émis l'opinion que les participants étaient en droit de créer des parts bénéficiaires dans la société dont ils faisaient partie. Leur principal argument consistait à invoquer le principe de la liberté des conventions consacré de la façon la plus formelle en cette matière par l'article 48 du Code de Commerce, et à

1. Vavasseur, n° 282 ; Wahl, notes S. 1903. II. 485 ; 1907. II. 453.

déclarer notamment que la volonté souveraine des parties n'allait à l'encontre d'aucune interdiction légale lorsqu'elle décidait d'accorder à certaines personnes un droit aux bénéfices et de le représenter sous la forme d'un titre dénommé « part de fondateur », susceptible d'être transmis par la voie civile ou suivant les formes commerciales.

La plupart des auteurs (1), au contraire, se ralliaient à la thèse inverse et refusaient de reconnaître l'existence de ces titres dans les associations en participation. Pour se prononcer dans ce sens ils se fondaient principalement sur l'absence de personnalité morale dont la conséquence essentielle était de mettre obstacle à la constitution d'un patrimoine social, distinct de celui des associés et sur lequel les créanciers d'un participant pour des opérations faisant partie de l'objet social auraient eu le droit de primer les créanciers personnels. S'appuyant en outre sur la nature juridique des parts de fondateur ils ajoutaient que le défaut de personnalité ne permettrait pas à la société de s'engager envers les tiers et en conséquence d'attribuer chaque année une part des bénéfices aux porteurs de ces titres. Enfin ils n'omettaient pas de faire observer que la solution inverse aboutissait en réalité à supprimer le caractère distinctif de la participation, celui d'être occulte, c'est-à-dire de ne pas se révéler aux tiers.

De son côté la jurisprudence (2) s'était prévalue du

1. Dalloz, *Société*, n° 1628. Arthuys, n° 306. Lecouturier, *Traité des parts de fondateur*, n° 12. Houpin, *Traité des Sociétés*, tome I, n° 394.

2. Paris, 8 janvier 1900. D. P. 1902. 2. 105; Paris, 27 juin 1905 et 9 janvier 1907. S. 1907. II. 153.

caractère des sociétés en participation, que nous venons de rappeler brièvement, pour refuser d'admettre à leur égard l'émission de parts de fondateur ou bénéficiaires et pour annuler en conséquence la création et la vente de ces titres.

A présent la question paraît être définitivement réglée depuis l'apparition de la loi du 24 juin 1921 sur les associations en participation, qui contient une disposition spéciale (insérée dans l'art. 49 nouveau du Code de commerce), interdisant dans ces sortes de sociétés l'émission de titres cessibles ou négociables au profit des associés.

Conçue en termes généraux cette prohibition doit s'étendre aussi bien aux actions qu'aux parts de fondateur et interprétée à la lettre, elle a pour effet de mettre obstacle à la création de titres soit cessibles seulement par la voie civile, soit négociables suivant les formes commerciales (Tradition, endossement, transfert). Mais par un argument *a contrario* si l'acte de société les frappait d'incessibilité absolue, il nous semble qu'aucun motif sérieux ne pourrait alors proscrire une semblable émission dans cette sorte de société.

On s'est demandé également si les sociétés de personnes, comprenant les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, pouvaient créer des parts de fondateur.

En règle générale cette question est tranchée dans le sens de la négative. Loin de repousser complètement cette opinion, nous nous contenterons de faire remarquer que les divers arguments invoqués à l'appui de cette opinion ne sont pas aussi décisifs qu'on ose le prétendre. Tantôt on s'appuie sur le caractère d'ordre public des règles rela-

tives aux sociétés par actions pour en tirer la conséquence qu'on ne saurait permettre aux sociétés de personnes de tourner les prescriptions légales (1). Tantôt on fait valoir que l'émission de parts de fondateur ne peut se justifier en aucune façon dans ces sortes de sociétés, étant donné qu'elles n'éprouvent jamais le besoin de récompenser les services rendus par les fondateurs (2).

A notre avis ces arguments ne sont pas à l'abri de toute critique. D'une part il ne s'agit pas ici de créer des actions, comme on tente de le soutenir, mais d'attribuer un droit aux bénéfices sous la forme de titres négociables, qu'il importe, ainsi que nous l'établirons plus loin, de considérer comme des créances et non comme des actions. Donc les lois fondamentales concernant les sociétés par actions ne risquent en aucune façon d'être méconnues et inobservées. D'autre part il n'est pas toujours exact de soutenir que les sociétés reposant sur l'*intuitus personæ* ne feront jamais appel aux concours de personnes compétentes et dévouées et à cet égard la pratique enseigne que leur formation exige quelquefois des travaux, études, démarches, et d'une façon générale des services multiples et absorbants. Dans ces conditions ne serait-il pas naturel d'émettre des parts bénéficiaires et de les remettre à titre de récompense à ceux qui les ont mérités !

L'intérêt de la question est appelé sans doute à s'élargir en raison d'un projet de loi, qui vient d'être adopté par la Chambre des députés, et tendant à reconnaître en France

1. Blanchet. *Thèse*, p. 9.

2. Lecouturier, *Traité des parts de fondateur* n° 41.

l'existence des sociétés à responsabilité limitée, qui ont pris un grand développement en Allemagne et notamment en Alsace-Lorraine (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung* ou par abréviation *G. m. b. H.*) (1).

Comme on le sait, ces dernières sociétés participent à la fois des sociétés de personnes et de capitaux et leur principal objet est de permettre aux associés de ne pas s'engager au delà du montant des mises sociales. Si le projet de loi est voté sans modification, les parts bénéficiaires ne pourront pas, tout au moins d'après l'article 21, être représentées par des titres négociables nominatifs ou à ordre mais elles pourront être transmises aux conditions suivantes :

1° La cession devra être faite à des tiers avec le consentement de la majorité des associés, représentant les trois quarts du capital (art. 22).

2° Cette cession s'établira par écrit et sera soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil (art. 23).

Signalons enfin que depuis plusieurs années les sociétés d'assurances mutuelles se sont avisées aussi de créer des parts de fondateur dont les droits consistent à recevoir, non pas un pourcentage des bénéfices, car l'objet même de l'entreprise s'y oppose, mais une fraction des primes à encaisser pendant un laps de temps déterminé par les statuts.

En l'absence de réglementation légale le principe de la

1. Voir le projet de loi et le rapport fait au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie par M. Anatole Manceau, député, déposé à la Chambre des députés, le 16 novembre 1921. *Revue des Sociétés*, juillet 1922, p. 388 et s.

liberté des conventions peut sans aucun doute justifier la validité d'une telle combinaison. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée (1). Plus récemment encore le Tribunal civil de Toulouse (2) a reconnu sans difficulté l'existence de parts de fondateur dans les sociétés d'assurances mutuelles à propos d'un litige portant sur des modifications votées par l'assemblée générale au détriment des propriétaires de ces titres et sans leur consentement.

Dans sa conception originaire la part de fondateur était destinée, ainsi que le nom l'indique, à récompenser les fondateurs des services qu'ils avaient rendus lors de la formation de l'entreprise. Ce genre de rémunération s'adaptait à merveille au caractère spécial et difficilement appréciable en argent des démarches, conseils, études et dépenses de toute sorte faites par eux et comportait en outre le grand avantage de ne pas contraindre une société naissante à grever ou à réduire une partie de son actif à un moment où plus que jamais elle avait besoin de toutes ses ressources financières pour affronter avec des chances de succès, les luttes de la concurrence commerciale.

Née de la pratique des affaires il était à prévoir que cette conception évoluerait. C'est ce qui se produisit. Les occasions de créer des parts de fondateur firent peu à peu leur apparition et l'usage d'accorder un droit aux bénéfices à certaines personnes se répandit à un point tel qu'au-

1. Arrêt du 29 mars 1909. Aff. Société « Mutuelle générale Française » c. Percheron. *Journal des Sociétés*, 1909, p. 342.

2. 8 juillet 1914, *J. S.* 1917, p. 207.

jourd'hui, suivant la remarque d'un auteur (1), l'expression de part bénéficiaire convient mieux à l'appellation de ce titre que celle de part de fondateur.

Essayons à présent de mentionner les principaux cas où les sociétés utilisent ce mode de rétribution. Les voici :

1° Lorsque certains apports en raison de leur nature ont une valeur trop vague et trop indéterminée pour être évalués d'une façon précise, on préfère souvent remettre aux apporteurs des parts bénéficiaires plutôt que des actions de capital. Il est hors de doute que des éléments d'actif tels que des brevets, marques de fabrique, dessins industriels, ne se prêtent pas aisément à une estimation. Dans ce cas en échange de leurs apports les intéressés recevront un droit aux bénéfices sociaux constaté par des titres négociables. On cite en général l'exemple du Comptoir d'Escompte qui au moment de la formation de la nouvelle société créa 60.000 parts de fondateur en vue de payer le fonds de commerce de l'ancienne entreprise.

2° Par voie de conséquence, ce procédé a été étendu à toute sorte d'objets susceptibles d'être apportés à la société.

3° Certaines entreprises, notamment les entreprises minières, en raison de leur caractère particulièrement incertain, rétribuent leurs premiers actionnaires en leur accordant des parts de fondateur proportionnellement au nombre de titres qu'ils possèdent. C'est une façon équitable de distinguer les anciens des nouveaux actionnaires dont les risques de perte ne sont pas identiques, car les

1. Blanchet. *Thèse*, p. 8.

premiers sont entrés dans l'affaire sans savoir même si elle serait productive de bénéfices tandis que les autres, avant d'engager leurs capitaux, ont pu s'entourer de renseignements précieux et prendre en conséquence une décision en connaissance de cause.

4° Beaucoup de fondateurs de sociétés, désireux de se procurer des ressources financières, cherchent à s'attirer la confiance des capitalistes, lorsqu'ils se rendent compte qu'elle ne leur est pas acquise, en promettant à titre de prime des parts bénéficiaires soit aux souscripteurs d'un nombre déterminé d'actions soit à ceux qui apporteront les premiers leurs fonds.

A cet égard on a même imaginé de remettre des parts de fondateur à tous les actionnaires de la société. C'est encore un procédé propre à capter la foule des souscripteurs en spéculant sur leur crédulité en affaires, car suivant l'expression d'un auteur (1) le propre d'une telle combinaison est de « retirer d'une main aux souscripteurs ce qu'on leur donne de l'autre ».

5° Quand deux sociétés fusionnent suivant l'un des modes usités, la société absorbante ou la société nouvelle attribue souvent des parts de fondateur aux anciens actionnaires dans le but de les dédommager. Il en est de même en cas de réduction du capital social pour perte ou dépréciation de l'actif, lorsque cette modification statutaire est suivie sur-le-champ d'une augmentation de capital.

6° La pratique enseigne encore que des sociétés ayant

1. Houpin, *Traité des Sociétés*, p. 496, n° 433.

procédé à l'amortissement de leur capital, préférèrent remettre à leurs membres des parts de fondateur plutôt que des actions de jouissance.

7° Durant ces dernières années, l'usage de créer des parts bénéficiaires et de les mettre en réserve s'est considérablement développé. Une clause des statuts attribue en général au Conseil d'Administration ou au Directeur le soin de les employer au mieux des intérêts sociaux et comme il le jugera convenable. Ainsi des administrateurs de société se servent de ces titres pour éteindre des dettes sociales ou encore pour rémunérer des concours futurs (1).

8° Enfin quelques sociétés n'hésitent pas aujourd'hui à émettre en cours de fonctionnement des parts bénéficiaires contre espèces à seule fin de se procurer les fonds nécessaires à leur développement.

En résumé les nombreuses applications qui viennent d'être signalées nous incitent à reconnaître que la conception actuelle de la part bénéficiaire est toute différente de celle qui répondait primitivement aux intentions des fondateurs de sociétés. Cette conclusion prouve d'une façon irréfutable, nous semble-t-il, l'importance de l'évolution subie par ces titres.

Plan.

Au début de ce travail nous étudierons le problème capital de la nature juridique des parts de fondateur : nous examinerons successivement les différents systèmes qui ont été proposés en doctrine et nous ne manquerons

1. Voir *Journal des Sociétés*, 1902, p. 29.

pas à cet effet de mentionner celui qui nous paraît le plus rationnel, le plus juridique. La légalité de ces titres ainsi que leur régime et leurs conditions d'émission feront l'objet de deux chapitres distincts. Ensuite nous nous efforcerons de déterminer avec précision les obligations des porteurs de parts de fondateur et leurs droits, les uns principaux, les autres accessoires notamment en cas d'émission d'actions avec prime ou de priorité réservée aux porteurs de parts lors d'une augmentation du capital social : à cet effet, nous n'omettrons pas de passer en revue les différents événements susceptibles de modifier l'exercice de leurs droits.

L'étude principale qui suivra aura trait aux nombreux conflits qui éclatent dans la pratique entre porteurs de parts et actionnaires par suite de la divergence d'intérêts souvent très accentuée qui les sépare. Pour la clarté des développements, une distinction importante sera faite entre les modifications n'atteignant les titulaires de ces droits que par voie de répercussion et celles qui les touchent directement.

Après un rapide examen des groupements des porteurs de parts et de l'organisation de leurs assemblées générales, nous terminerons cette étude en signalant le régime fiscal actuellement en vigueur et les principales dispositions législatives, prises soit au cours des hostilités ou postérieurement à la signature de la paix, concernant les parts de fondateur ou parts bénéficiaires.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DES PARTS DE FONDATEUR

Il a été précédemment exposé que la part de fondateur représentait spécialement une des combinaisons les plus récentes pour récompenser les fondateurs de société des nombreux services rendus lors de la formation de l'être social. Issue de la pratique des affaires, il était naturel de penser qu'elle échapperait à toute réglementation législative : c'est précisément ce qui se produisit. Le législateur a fait preuve en cette matière d'une indifférence si manifeste et si absolue que même de nos jours la controverse, qui divisait les auteurs sur le caractère juridique de ce titre, subsiste encore quelque peu, malgré les efforts méritoires accomplis par la jurisprudence.

Cette remarque est d'autant plus regrettable à formuler que l'intérêt pratique de la question, que nous nous proposons d'étudier, est capital et manifeste.

En effet les règles restrictives édictées par la loi du 24 juillet 1867 seront inapplicables si la part de fondateur constitue une créance et inversement, leur observation s'imposera si elle est considérée comme une action. Si l'on adopte cette dernière solution, il y aura donc lieu :

1° de respecter la défense de procéder à toute négociation moins de deux ans après la constitution de la société (Loi du 24 juillet 1867, art. 3 et 24, modifiée par la loi du 1^{er} août 1893), car ceux, qui sont d'avis de traiter la part comme une action, la classent en général parmi les actions d'apport ;

2° de reconnaître aux porteurs le droit de participer aux assemblées constitutives (art. 4 et 27 § 2 loi de 1867) et extraordinaires (Loi du 24 juillet, art. 31 nouveau, modifié par la loi du 22 novembre 1913).

Ce sont là des droits que même une clause contraire ne pourrait enlever à ceux qui possèdent la qualité d'actionnaires. Et il en sera de même pour la faculté de se grouper, établie au profit des petits actionnaires par la loi du 1^{er} août 1893 (Disposition insérée dans l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867) ;

3° de permettre aux intéressés en raison de leur qualité d'associés (art. 22 loi de 1867) d'exercer les fonctions d'administrateur de sociétés anonymes ou de faire partie du conseil de surveillance d'une commandite par actions ;

4° De décider enfin, en cas de modification des droits des porteurs de parts de fondateur par l'assemblée générale extraordinaire, qu'une telle délibération devra être ratifiée par une assemblée composée des porteurs de parts considérés comme des actionnaires d'une catégorie spéciale (Code de commerce, art. 34 modifié par les lois du 16 novembre 1903 et 22 novembre 1913).

Précédemment l'intérêt pratique du problème se posait également au point de vue fiscal. La loi du 29 juin 1872, qui frappait d'un impôt les actions et obligations, ne fai-

sait pas mention expresse des parts de fondateur. En raison du développement considérable pris par ces titres on fut amené rapidement à se demander s'il importait de soumettre à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières les bénéfices sociaux distribués de la sorte. C'est ainsi que la Cour de cassation, inspirée manifestement par des préoccupations fiscales, décida en 1904, de considérer les parts de fondateur comme des actions à seule fin de pouvoir leur appliquer les dispositions de la loi du 29 juin 1872.

Mais actuellement, depuis la mise en vigueur de la loi du 29 mars 1914, concernant la taxe sur le revenu des valeurs mobilières françaises et étrangères, il est inutile de rechercher si les parts bénéficiaires sont des créances ou des actions puisque le législateur vise expressément les revenus produits par ces titres (Loi du 29 mars 1914, article 31).

Nous allons essayer de déterminer le caractère juridique des parts de fondateur en exposant successivement les différents systèmes qui ont été proposés en Doctrine.

PREMIER SYSTÈME

Système de la part-action.

Pour établir que la part bénéficiaire constitue une action, cette théorie s'efforce de démontrer que les caractères essentiels de l'action proprement dite, c'est-à-dire ceux sans lesquels on ne saurait imaginer un titre portant cette

appellation, se retrouvent sans exception dans la part bénéficiaire.

En effet, quels sont ces droits essentiels ? Ils sont au nombre de deux : celui de participer aux bénéfices et celui de se substituer des tiers par voie de cession. Or il est incontestable que la part de fondateur présente ces deux attributs.

Quant aux autres prérogatives conférées par l'action, c'est-à-dire le partage du fonds social et l'accès aux assemblées générales, elles ne sont pas nécessairement attachées à ce titre. C'est ainsi que l'action industrielle ne comporte aucun droit au partage du fonds social et il en est de même pour l'action de jouissance. D'autre part la faculté d'accéder à l'assemblée générale et de prendre part au vote est fréquemment retirée aux actionnaires dans les assemblées générales ordinaires et notamment aux porteurs d'un petit nombre d'actions, par application de l'art. 27 de la loi du 24 juillet 1867. Donc le droit de vote n'est pas de l'essence de l'action.

Des considérations de fait peuvent être aussi invoquées en faveur de cette opinion. Par les services de toute sorte qu'il a rendus, le fondateur, plus que quiconque, a contribué à la formation de la société et à son égard l'*animus societatis* ne fait nullement défaut. En conséquence il mérite le titre d'associé, et comme la société anonyme ne comporte qu'une seule catégorie d'associés, il est nécessaire de le ranger parmi les actionnaires.

Enfin la pratique recommande l'adoption du système de la part-action. En assimilant la part de fondateur à une action, on l'assujettit aux règles restrictives des lois de

1867 et 1893, et du même coup on la soustrait aux menaces d'une spéculation dangereuse et aux manœuvres de banquiers et financiers peu scrupuleux.

Des auteurs, non contents de considérer la part de fondateur comme une action, ont essayé de préciser davantage cette solution. C'est ainsi que M. Thaller considère la part de fondateur comme une action d'apport. Pour lui le fondateur en fournissant son concours et en prodiguant ses soins à la constitution de la société, fait un apport au sens juridique du mot, car le véritable apporteur, ce n'est pas seulement celui qui s'appauvrit en cédant un bien représentant une valeur certaine et susceptible de figurer dans l'actif social, mais encore toute personne consentant à se dépouiller d'un objet quelconque, meubles, immeubles, industrie, travail, connaissances professionnelles, etc... L'article 1832 du Code civil paraît bien autoriser une telle variété d'apports.

De graves objections peuvent être formulées à l'encontre du système que nous venons d'exposer et, malgré la valeur des arguments invoqués par les partisans de la part-action, il nous semble préférable de rejeter cette opinion.

En effet, et c'est là une observation primordiale, pour que des droits constituent des actions, il ne suffit pas qu'ils confèrent la faculté de prendre part au partage des bénéfices et qu'ils soient cessibles ou négociables. Il est facile d'apercevoir qu'un élément essentiel au contrat de société fait défaut : c'est l'*animus societatis*, c'est-à-dire la volonté d'être associé. C'est dans ce sens que se prononce M. Lyon-Caen (1) : « Par cela même que des actions sont

1. Lyon-Caen, *Manuel de droit commercial*, 1922, n° 232 bis, p. 248.

« des parts d'associé, elles supposent l'*affectio societatis*,
« c'est-à-dire l'intention chez les contractants de se placer
« dans la situation où sont des associés les uns à l'égard
« des autres. Cette situation implique un droit de contrôle
« ou de participation au fonctionnement de la société.
« Cette condition fait défaut pour les porteurs de parts de
« fondateur. Ils sont exclus par une clause de style des
« assemblées générales d'actionnaires ».

Ne pouvant pas s'immiscer en vertu du pacte social dans la gestion des affaires de la société, il faut, à notre avis, en conclure que les détenteurs de ces titres ne sont pas traités comme de véritables associés. Et cette affirmation paraît être d'autant plus exacte et conforme à l'intention des parties que dans l'hypothèse d'une modification statutaire, telle qu'une augmentation ou une réduction du capital social, les actionnaires ne manquent pas de se réserver le droit de procéder à ces changements sans consulter ni prévenir les porteurs de parts. Et cependant il existe des cas où plus que jamais les fondateurs mériteraient d'être consultés, notamment en cas de dissolution anticipée de la société. N'est-ce donc pas la preuve formelle qu'on se refuse à les considérer comme de vrais actionnaires !

A un autre point de vue l'argumentation du système de la part-action mérite d'être critiquée. En effet nos adversaires font valoir que le droit de participer aux assemblées générales n'est pas de l'essence de l'action et que dans cet ordre d'idées l'article 27 de la loi de 1867 permet d'exclure du sein de ces assemblées les porteurs d'un petit nombre d'actions. Ce raisonnement, même

serait-il admis, ne pourrait être formulé qu'en ce qui concerne les assemblées générales ordinaires et non pour les assemblées soit constitutives, soit extraordinaires.

« Il n'est pas inutile d'ajouter, dit M. Lecouturier (1),
« que tous les actionnaires, sans exception, peuvent assis-
« ter aux assemblées constitutives et à celles prévues par
« l'article 37 de la loi de 1867 (dissolution en cas de perte
« des trois quarts du capital). Et même la loi de 1893 a
« pris des dispositions pour ouvrir la porte de l'assem-
« blée aux « petits » actionnaires. Ainsi le législateur con-
« sidère bien que le droit de vote à l'assemblée est une
« prérogative essentielle inhérente à l'action ».

Une autre objection, également très sérieuse, nous incite à ne pas considérer les parts de fondateur comme des actions. On sait que le capital social se compose de l'ensemble des actions et que l'une des principales prérogatives de ces titres est de permettre à leurs propriétaires de se faire attribuer une quote-part de l'actif social lors de la dissolution de la société. Or par définition si la part de fondateur ne peut faire partie du capital social, il lui est impossible également de conférer un avantage différent de celui qui donne droit à une fraction des bénéfices.

En outre, si elle était une action, elle devrait supposer un versement réel, en nature ou en argent, servant de gage aux créanciers de la société. Or il arrive fréquemment qu'elle est remise sans qu'il soit exigé un versement en numéraire. On objectera sans doute que le porteur peut recevoir des parts de fondateur moyennant paiement

1. Lecouturier, *Traité des Parts de fondateur*, p. 39.

d'une somme déterminée. Loin de nier cette cause d'attribution, nous nous permettrons de faire observer que ce versement est alors accidentel tandis qu'il est obligatoire pour l'action.

Ainsi, en admettant que la part de fondateur constitue une action, on risque fort d'élargir la notion du capital social, c'est-à-dire d'y faire rentrer des valeurs fictives ou présentant tout au moins un caractère vague et indéterminé. Or ce résultat est inadmissible.

D'ailleurs, si nous envisageons le problème sous un autre aspect, l'opinion que nous critiquons se heurte, même en dehors d'une clause formelle et catégorique, à l'impossibilité matérielle de fixer le quorum exigé pour la validité des délibérations prises par les assemblées générales d'actionnaires puisque ces titres ne sont pas des fractions du capital social ayant une valeur nominale (art. 34 du Code de commerce).

Quant à l'argument tiré de la situation du porteur d'actions industrielles, il ne nous paraît pas exact et décisif. En effet, beaucoup d'auteurs mettant en doute la légalité de ces titres, préfèrent ne pas les considérer comme de véritables actions parce que l'apport d'industrie représente une valeur trop incertaine et trop indéterminée pour figurer dans le capital social et servir au besoin de gage aux créanciers sociaux.

La même observation peut être formulée pour les actions de jouissance. En ce qui les concerne, il est faux, à notre avis, de prétendre qu'elles ne confèrent aucun droit sur l'actif social. Si, à l'expiration de la société, le remboursement intégral du capital de la société laisse subsister un

excèdent, les porteurs d'actions de jouissance participeront au partage de cet actif disponible. Ils ont perdu seulement le droit au remboursement du montant de leurs mises lors de l'expiration de la société et au coupon d'intérêt à compter de l'amortissement, mais ils conservent néanmoins leur qualité d'actionnaires et à tous autres égards ils sont traités comme des porteurs d'actions de capital. Bien que l'amortissement ait pour principal effet d'avancer la date du remboursement des mises effectuées par les actionnaires, il ne peut en aucune façon porter atteinte au droit de ces derniers sur l'actif social.

Enfin les partisans du système de la part-action, pour être logiques avec eux-mêmes, devraient permettre aux porteurs de parts de fondateur d'être choisis comme administrateurs de société anonyme ou comme membres du Conseil de surveillance d'une commandite par actions. « On se trouverait de la sorte, dit M. Lecouturier (1), en « présence d'administrateurs à qui l'accès de l'assemblée « générale ne serait pas permis, puisque la part de fon- « dateur en est exclue, et qui cependant auraient été vala- « blement nommés à ces fonctions grâce aux parts qu'ils « possèdent ».

Une telle contradiction doit plus que jamais nous inviter à repousser l'assimilation des parts de fondateurs aux actions et à considérer comme insuffisantes la participation aux bénéfices et la négociabilité pour conférer à ces titres la qualité de véritables actions.

1. Lecouturier, *Traité*, p. 41.

DEUXIÈME SYSTÈME

Système de la part-sociale.

La théorie de la part sociale marque un progrès sensible sur le système qui vient d'être exposé, car elle n'admet pas que la part bénéficiaire puisse être considérée comme une fraction du capital social. Ses partisans estiment que ce titre représente seulement une part sociale.

Là encore de graves objections peuvent être formulées à l'encontre de cette opinion. D'abord, la lecture attentive des statuts laisse apparaître clairement que les parties contractantes n'ont pas eu l'intention de faire des porteurs de parts de fondateur ni des actionnaires, ni des associés, sinon, comment peut-on expliquer cette défense formelle faite dans la plupart des statuts aux porteurs de s'immiscer dans l'administration des affaires de la société et dans l'établissement des comptes ? N'est-il pas juste au contraire de s'appuyer sur l'interdiction systématique qui leur est faite de ne pas pénétrer dans les assemblées d'actionnaires pour conclure que la condition indispensable à la formation du contrat de société, à savoir l'*affectio societatis*, fait défaut. Mais ce n'est pas tout. Il y a lieu, nous semble-t-il, de rechercher si les autres éléments constitutifs du contrat de société sont réunis. On sait qu'aux termes des art. 1832 et 1833 du Code civil, indépendamment de l'intention d'être un associé, condition nécessaire et primordiale, il faut : 1° un apport c'est-à-dire

la mise en commun de quelque chose, suivant l'expression du législateur (art. 1832 Code civil) et 2^o la réalisation des bénéfices à partager avec l'obligation de contribuer aux pertes.

Sur le premier point la question se présente de la façon suivante : le porteur de parts de fondateur fait-il un apport à la société ? Les partisans du système de la part sociale le prétendent sans hésiter et à l'appui de leur opinion ils ne manquent pas d'invoquer la généralité des termes employés par le Code civil pour définir et préciser la portée de cet élément essentiel. Puisque, d'après eux, toute chose est susceptible de faire l'objet d'un apport, il est naturel de regarder comme un apport, l'industrie, les études, les concours et toutes les démarches, émanant des fondateurs.

Cette conception juridique de l'apport nous paraît quelque peu erronée. Sans doute il existe une grande variété dans les apports qui sont faits à la société, mais faut-il encore que ces mises en commun puissent être appréciables en argent. Aucune difficulté ne risque de surgir à cet égard lorsque l'estimation porte sur un objet déterminé, représentant une valeur réelle (immeuble, usine, terrain, fonds de commerce, etc...) mais si au contraire elle s'applique à quelque chose d'aussi vague et incertain qu'une collaboration accordée ou un ensemble de services rendus par un fondateur, on se heurte alors à l'impossibilité de convertir même approximativement en une somme d'argent la valeur de ces biens dont la consistance est par trop fragile et précaire. Ajoutons qu'au sens juridique du mot, l'apport implique le transfert du droit de propriété

sur un objet quelconque. Comme le dit un auteur (1), en cas d'apport d'un bien meuble ou immeuble « il s'opère, « en droit civil, une transmission de ce bien par l'associé « qui en a fait l'apport à la société, considérée comme « être moral, distinct de la personne des associés. Cet « associé est avec la société dans des rapports analogues « à ceux d'un vendeur avec son acheteur (art. 1845, « C. Civ.) bien qu'il n'y ait pas vente en l'absence d'un « prix en argent ».

Néanmoins nous reconnaissons que cette critique ne se justifie pas dans tous les cas, et notamment lorsque les parts bénéficiaires sont attribuées soit contre espèces soit en échange d'apports appréciables en argent. Des valeurs déterminées seront alors apportées à la société mais pas plus que les sommes qui sont versées par les obligataires, elles ne pourront faire partie du capital social dont la composition est strictement limitée au montant des actions.

Au surplus, bien que dans ces deux hypothèses le porteur de parts puisse être considéré comme ayant fait un apport véritable, il n'en demeure pas moins certain qu'un autre élément, nécessaire pour lui conférer la qualité d'associé, fait défaut : c'est la contribution aux pertes, telle qu'elle est définie par l'art. 1855 du Code civil.

Sans doute, objecte-t-on, si la société fait de mauvaises affaires, le fondateur qui a reçu des titres donnant droit à une quote-part des bénéfices en échange du temps et

1. Houpin. *Traité général des Sociétés civiles et commerciales* (Edition 1918), n° 65.

des soins consacrés à la création de l'entreprise, ne touchera aucune rémunération et le préjudice qu'il subit s'analysera en un manque à gagner (*lucrum cessans*) à la différence de l'actionnaire qui, ayant versé une somme d'argent à la société, n'obtiendra plus, lors de la dissolution, le remboursement de ses fonds (*Damnum emergens*). Les pertes sociales privent le fondateur d'un gain sans doute légitime mais essentiellement aléatoire, tandis qu'elles appauvrissent réellement le patrimoine de l'associé. Donc la contribution aux pertes existe seulement à son égard puisqu'il risque de perdre le montant de sa mise. On ajoute dans le système que nous critiquons présentement, qu'il peut exister dans une société par actions des parts sociales et des actions distinctes les unes des autres. Cette affirmation paraît inexacte. A notre avis, le porteur de parts ne peut être qu'un créancier ou un actionnaire : il ne saurait occuper une situation intermédiaire. En effet la loi du 24 juillet 1867 ne traite que des actions et ne laisse supposer l'existence d'aucune autre catégorie d'associés. Comme le dit M. Wahl (1) « on ne « comprendrait pas qu'il pût exister des titres ne rentrant « pas dans le capital social, ne fournissant aucune garan- « tie aux créanciers sociaux et échappant à toutes les « obligations imposées à d'autres, comme prix d'avanta- « ges inférieurs à ceux dont ils bénéficient ». Ainsi il nous semble que le législateur n'a pas voulu admettre l'existence de parts sociales autres que les actions.

1. Wahl. *Journal des Sociétés*, 1897, p. 457 et note au S. 98.
2. 91.

TROISIÈME SYSTÈME

Système de la part créance.

Le système de la part créance, auquel nous nous rallions, est fondé sur l'idée principale qu'il n'existe pas de contrat de société à l'égard des porteurs de parts de fondateur parce que telle est l'intention des parties et qu'au surplus les éléments constitutifs de ce contrat ne sont pas tous réunis, à savoir la constitution d'apports et la contribution aux pertes (art. 1832 C. Civ.). Le porteur de parts n'est donc pas un associé ni un actionnaire. Dans ces conditions force nous est de le considérer comme un créancier et son droit, comme une créance ayant pour objet les bénéfices réalisés par la société. Un auteur éminent, M. Wahl, a donné un exposé très complet et très clair de cette opinion (1) : « Il est juridiquement impossible, » dit-il, qu'un droit sur une société ou contre une société « ne soit pas un droit d'associé ou un droit de créancier : « ou le propriétaire de la part de fondateur participe à « la propriété de l'actif social, » il a « un *jus in re*, un « droit dans la chose, et c'est un associé : ou il est titulaire d'un droit contre la société, il a un *jus ad rem*, un « droit de créance et c'est un créancier. En dehors de ce « dilemme il n'y a rien : la distinction entre les droits « réels et les droits personnels, entre les actions réelles

1. Voir note au S. 98. II. 89.

« et les actions personnelles est aussi large que possible ».

Indépendamment de ce raisonnement, d'autres motifs nous incitent à traiter la part de fondateur comme une créance. Ainsi que nous l'avons déjà vu, elle ne réunit pas toutes les conditions essentielles pour être considérée comme une part sociale. L'apport et la contribution aux pertes de la société font totalement défaut et l'*affectio societatis* c'est-à-dire la volonté de se comporter en associés les uns à l'égard des autres est formellement bannie puisqu'une stipulation formelle refuse toujours aux porteurs de part le droit de s'immiscer dans la gestion sociale. Ce sont là à nos yeux des arguments décisifs.

En outre il est possible d'invoquer la ressemblance qui existe entre la situation du commis intéressé et celle du porteur de parts bénéficiaires, bien que ce rapprochement soit quelque peu combattu et critiqué.

Sans doute des différences peuvent être relevées entre ces deux catégories d'ayants droit aux bénéfices sociaux. D'abord l'employé intéressé est engagé en vertu d'un contrat de louage de services (art. 1780 C. civ.) qui n'a rien de commun avec le lien unissant le porteur de parts de fondateur à la société. Ensuite l'un est dans la situation d'un simple préposé et n'a en aucune façon participé à la création de l'entreprise ; l'autre au contraire a contribué, plus que tout autre, à la constitution de l'être social tant par les innombrables démarches qu'il a faites que par les services de toute nature qu'il a rendus.

Malgré ces considérations, l'analogie reste frappante. Les deux intéressés ont droit à une quote-part des béné-

fices réalisés ; ils restent complètement étrangers à la gestion de l'affaire et enfin ils ne se confondent pas avec ceux qui par leurs mises ont contribué à la formation du capital social. Or personne n'ose soutenir que le commis intéressé, qui n'a avancé aucune somme à l'entreprise dont il fait partie et qui ne participe pas aux pertes, est un associé. La jurisprudence confirme d'ailleurs ce point de vue. Pour elle la participation aux bénéfices ne transforme pas en règle générale le titulaire de cette créance en associé. Pour avoir cette dernière qualité, il doit faire un apport et supporter les pertes sociales. Sinon il reste un simple créancier.

De graves critiques ont été formulées à l'encontre du système que nous préconisons. Examinons-les.

On fait valoir d'abord que la qualité de créancier ne peut se concilier avec une clause formelle renfermée dans les statuts et aux termes de laquelle les actionnaires ont le droit d'opérer avant les porteurs de parts un prélèvement suffisant pour les désintéresser du montant de leurs mises. Une telle stipulation, dit-on, est contraire au droit de préférence des créanciers sur les associés pour le remboursement des sommes qui leur sont dues, notamment en cas de faillite de la société. Or, dans cette hypothèse, ajoute-t-on, les porteurs de part, loin de primer les actionnaires, ne peuvent réclamer quoi que ce soit, tant que le capital social n'a pas été intégralement remboursé.

A notre avis, si la condition du créancier ne prime pas celle de l'actionnaire, cela tient principalement à la nature spéciale de la créance du porteur de parts. En quoi consiste-t-elle ? Nous avons vu plus haut que la

société s'était engagée envers ceux qui avaient contribué à sa formation à leur reconnaître une fraction des bénéfices obtenus ultérieurement. Ce qui revient à dire que la rémunération du porteur de parts est susceptible d'être nulle ou avantageuse suivant la marche des affaires sociales. Comme on le voit, aisément, le droit né de cette combinaison est essentiellement aléatoire et il se réduit, pendant l'exercice social en cours, à une possibilité, une chance de lucre, que les Anciens exprimaient sous la forme d'un adage bien connu : *Nihil adhuc debetur, sed spes est debitum iri*. Mais à la clôture de cet exercice il devient certain et son quantum est déterminé dès l'instant où les résultats de l'entreprise sont connus et portés à la connaissance des intéressés. Dans ces conditions il est aisé de se rendre compte pour quelles raisons la préférence a été accordée aux actionnaires. Il suffit à cet effet de rappeler brièvement que ceux-ci, en apportant des fonds à la société, ont encouru un risque plus grand que les porteurs de parts de fondateur. Il est donc compréhensible qu'ils les priment lors de la distribution du dividende annuel et lors du remboursement de leurs mises en cas de dissolution.

On objecte ensuite que dans notre système on n'explique pas pourquoi les fondateurs, auxquels des parts bénéficiaires ont été attribuées, peuvent être déclarés responsables de la nullité de la société (art. 42, Loi du 24 juillet 1867) lorsqu'ils n'ont pas observé strictement les règles relatives à sa constitution. La loi, dit-on, ne semble-t-elle pas partir de l'idée que les fondateurs sont des associés et que, s'ils ne veillent pas à l'accomplissement des formali-

tés requises, ils encourent les diverses sanctions prévues par la loi. Pour nous il est plus juste de prétendre que ceux-ci, comme, d'ailleurs, les fondateurs, sont déclarés responsables en raison d'un mandat, qui leur a été confié, consistant à vérifier si toutes les conditions légales, prescrites pour la constitution de la société, ont été fidèlement observées (1). S'ils ne remplissent pas la mission dont ils sont investis par leurs co-associés (2), ils manquent donc gravement aux obligations découlant de ce contrat.

Enfin nos adversaires, envisageant les inconvénients pratiques du système que nous avons adopté, s'élèvent et protestent avec force contre les conséquences désastreuses auxquelles l'on risque d'aboutir.

Ils prétendent que nous favorisons la spéculation sur ces titres puisqu'ils seront négociables même avant la constitution de la société et qu'ils échapperont à la vérification des assemblées constitutives, ordonnée par l'art. 4 de la loi de 1867. Sans chercher à nier la valeur de cet argument d'ordre pratique, nous estimons toutefois qu'il renferme une certaine part d'exagération. Le caractère essentiellement aléatoire des parts de fondateur est de nature, nous semble-t-il, à paralyser d'une façon efficace

1. M. Arthuys a mis en relief cette idée de mandat en montrant que les fondateurs sont rémunérés par la société en leur seule qualité de mandataires ou de gérants d'affaires, le mandat n'étant pas réputé gratuit en matière commerciale. Voir *Traité des Sociétés commerciales*, p. 498.

2. Percerou, Thèse. *Des Fondateurs de Sociétés anonymes*, 1896, p. 41 et s.

l'agiotage auquel certains capitalistes seraient tentés de se livrer. N'étant pas assurés de toucher une part des bénéfices sociaux et risquant quelquefois de ne rien recevoir en cas de résultats déficitaires de l'entreprise, les spéculateurs n'auront sans doute qu'une confiance limitée à l'égard de ces titres, tandis qu'ils ne manqueront pas au contraire d'appliquer leurs procédés plus ou moins déloyaux aux actions dont les avantages présentent un caractère tout à fait différent. Aussi pour ces diverses raisons nous ne croyons pas que les inconvénients pratiques de la théorie, dont nous nous sommes faits les défenseurs, soient aussi graves et aussi redoutables que certains ont voulu le prétendre. Au surplus qu'il nous soit permis d'ajouter qu'en toute hypothèse la nature juridique d'un titre ne saurait être raisonnablement déterminée ou influencée par les résultats plus ou moins fâcheux auxquels peut conduire l'adoption d'un système déterminé.

Autres systèmes proposés.

D'autres systèmes ont été émis en vue de résoudre le problème de la nature juridique des parts de fondateur. Malgré l'autorité et la compétence de leurs partisans, ils occupent à notre avis une place secondaire par rapport à ceux que nous venons d'exposer. Aussi nous suffira-t-il d'en donner un aperçu général.

D'après certains auteurs (1) la part bénéficiaire, de création récente, représenterait un titre *sui generis*, en

1. Avond, Thèse. *La part de fondateur*, 1899.

Bertrand

raison de l'impossibilité où l'on se trouve de le ranger dans l'une des institutions de notre Code civil ou de notre Code de commerce. Il faut, disent-ils, en conclure qu'il obéit à des règles propres découlant de son objet et de sa fonction. Cette explication nous paraît trop vague pour être admise.

D'autres déclarent que la part de fondateur n'est pas assimilable à une action puisqu'elle n'est pas une quote-part du capital social, ni à une créance ordinaire puisqu'elle représente un droit éventuel et aléatoire. Il est préférable, ajoutent-ils, de la considérer comme un titre d'intérêt. Cette opinion doit être aussi écartée ; non seulement elle reproduit les diverses objections que l'on a formulées contre le système de la part créance et que nous avons combattues, mais encore elle introduit aux débats une expression qui n'aide nullement à résoudre ce problème délicat.

Enfin d'après une dernière opinion (1) il existerait entre la société et le fondateur auquel est réservée une partie des bénéfices un contrat de société en participation qui se superposerait au pacte social. Les caractères spéciaux de la part de fondateur s'expliqueraient donc par le fait que le porteur de part serait un associé en vertu de cette participation, ignorée des tiers. Il nous paraît impossible d'admettre l'existence de deux contrats distincts.

En réalité la convention passée avec les actionnaires n'est qu'une partie du pacte social. Pour être comparée à une véritable participation, elle devrait avoir un carac-

1. Cellerier, *Des sociétés anonymes*.

rière occulte. Or, par suite des diverses formalités de publicité auxquelles le pacte social est astreint en vertu de la loi de 1867, il demeure incontestable que les tiers ont connaissance de l'existence de parts de fondateur dans les statuts. Osera-t-on soutenir dans ces conditions qu'une telle combinaison présente ce caractère essentiel ? Certainement non.

Jurisprudence. — Nous venons d'examiner les nombreux systèmes émis par la Doctrine pour résoudre le problème de la nature juridique des parts de fondateur.

Comme jusqu'à présent aucun élément d'information n'a été recherché dans les diverses décisions de justice rendues à ce sujet, il importe avant de conclure, de rappeler les principaux motifs qui ont suggéré aux tribunaux le choix de l'une des opinions exposées plus haut. Faisons observer de suite que sur ce point capital l'unité de jurisprudence est loin d'être réalisée. La Cour de cassation, bien qu'elle ait été hésitante pendant quelque temps, semble avoir pris parti pour la Doctrine qui traite la part de fondateur comme une action, tout au moins depuis l'arrêt rendu le 16 novembre 1904 par la Chambre des Requêtes. Pour adopter cette solution, la Cour Suprême s'est basée uniquement sur deux des caractères propres à l'action ; à savoir la participation aux bénéfices et la cessibilité aux tiers. Voici le passage important de l'arrêt.

« Qu'en effet les seuls caractères de l'action sont la participation aux bénéfices et la libre cessibilité à des tiers ;

« Que les parts de fondateurs susdites remplissent ces

« deux conditions ;

« Qu'il importe donc dans l'espèce qu'elles ne confèrent

« à leurs porteurs ni accès aux assemblées générales ni « droit à l'actif social ».

De nombreuses discussions se sont élevées sur la portée qu'il convenait de donner à cette décision. Nos adversaires ont prétendu que les termes généraux employés à dessein par la Cour de cassation avaient tranché définitivement la question et qu'il importait peu de chercher à connaître les préoccupations auxquelles les magistrats avaient obéi en optant pour l'assimilation de la part de fondateur à l'action. Nous ne partageons pas cette façon de voir pour deux raisons principales. D'une part l'action doit se distinguer à d'autres caractères que ceux invoqués par la Cour Suprême. Indépendamment de la cessibilité et de la participation aux bénéfices, elle implique le droit de prendre part au partage du capital social et la faculté d'assister aux assemblées générales. Or l'arrêt de 1904 passe sous silence ces deux traits essentiels. D'autre part il n'est pas douteux que la Cour de Cassation ait été inspirée principalement par des préoccupations d'ordre fiscal. En effet, en traitant les parts de fondateur comme des actions, on les assujettit du même coup aux droits qui frappent les valeurs mobilières : d'où la nécessité de prendre position sur leur caractère juridique.

Quant aux Cours d'appel, leurs arrêts sont quelque peu hésitants et contradictoires (1). Nous citerons une décision de la Cour de Lyon (2) qui s'est prononcée tout récem-

1. S. 1902. 2. 6, S. 1903. 2. 54.

2. *Journal des Sociétés civiles et commerciales*, 1918, p. 302, sous arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1917.

ment dans le sens du système que nous avons adopté.

« Attendu, dit-elle, que les parts bénéficiaires ne sauraient être assimilées aux actions de la société : qu'elles ne donnent en effet à ceux qui les possèdent aucun droit d'intervention ou de contrôle dans la gestion sociale...

« Qu'elles constituent une créance d'une nature particulière donnant droit à une part dans les bénéfices sociaux disponibles s'il en existe soit en fin d'exercice, soit à la liquidation de la société et permettant de mobiliser et d'escompter ce droit à des bénéfices éventuels par la cession des titres : que dès lors les propriétaires de parts bénéficiaires n'ont droit qu'à des bénéfices et qu'en cas d'absence de bénéfices ils ne peuvent prétendre à une partie quelconque de l'actif social pendant la durée de la société, lequel constitue le gage exclusif des créanciers : qu'à sa dissolution ils sont sans droit tant que le passif n'a pas été acquitté et le capital social remboursé ».

La Cour Suprême, n'ayant pas été saisie par le pourvoi en cassation de cette question de la nature juridique des parts de fondateur, a évité de se prononcer. Il faut donc conclure que, tout au moins jusqu'à nouvel ordre, elle s'en tient toujours à l'arrêt du 16 novembre 1904 rendu par la Chambre des Requêtes.

On peut espérer raisonnablement que la Cour de cassation n'hésitera pas à revenir sur sa décision antérieure et adoptera sans réserve le système que nous recommandons. Les préoccupations d'ordre fiscal, qui avaient alors incité la Chambre des Requêtes à traiter les parts bénéficiaires comme des actions, n'existent plus depuis la loi du

29 mars 1914 qui dans son article 31 (remplaçant l'art. 1^{er} de la loi du 29 juin 1872) vise formellement parmi les divers revenus soumis à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières « tous autres produits des actions, parts de « fondateur, parts d'intérêt, etc... des sociétés et entre-prises françaises et étrangères ».

Signalons enfin qu'en Doctrine une évolution assez caractérisée se révèle chez les auteurs. M. Thaller (1), après réflexion, a complètement abandonné la théorie de la part-action dont il avait été jusqu'alors un partisan convaincu. Pour lui le porteur de parts est un employé intéressé, participant au partage des bénéfices sociaux en vertu d'un titre négociable, délivré en considération des services qu'il a rendus.

De leur côté MM. Lyon-Caen et Renault (2) qui s'étaient prononcés pour le système de la *part-action*, l'ont aussi délaissé depuis quelques années en invoquant comme principales raisons que la participation aux bénéfices et la cessibilité ne suffisent pas pour donner à un titre le caractère d'une action, en l'absence d'un autre élément indispensable à la formation du contrat de société, à savoir l'*affectio societatis*. Ainsi en présence de la tendance assez marquée tant en Doctrine qu'en Jurisprudence à considérer la part de fondateur comme une créance, il n'est pas téméraire de prétendre que sur ce point essentiel le domaine de la controverse s'est beaucoup rétréci et

1. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1922, 6^e éd., n° 639, p. 406.

2. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 13^e édit., 1922, p. 217.

que bientôt le problème de la nature juridique de la part de fondateur pourra être considéré comme définitivement résolu (1).

1. Une des idées maitresses de la proposition de loi qui va être mise en discussion devant le Sénat confirme la conclusion de ce chapitre. D'après ce projet la part de fondateur ne confère à son propriétaire aucune qualité ni aucun droit d'associé mais seulement un droit éventuel à des bénéfices, c'est-à-dire un droit de créance.

CHAPITRE III

LÉGALITÉ DES PARTS DE FONDATEUR

Nous avons remarqué précédemment que les sociétés par action, et principalement les sociétés anonymes, émettaient des parts de fondateur donnant droit à une fraction déterminée des bénéfices que pourra réaliser l'entreprise. L'étude de la nature juridique de ce titre spécial a révélé, avec certitude, nous semble-t-il, que le droit du porteur de parts consiste dans une créance de bénéfices contre la société. Dans ces conditions on ne saurait exprimer le moindre doute à l'égard de la validité des parts bénéficiaires. La loi n'apporte aucun obstacle à la création de ces titres et aucune objection ne peut être formulée à l'encontre d'un mode spécial de rémunération auquel ont consenti les fondateurs en retour des services de toute nature qu'ils ont rendus lors de la constitution et de la mise en route de la société. Un tel procédé, susceptible de récompenser des démarches et des concours extrêmement variés, qui ne sont pas appréciables en argent, doit être considéré comme licite, tout comme une créance aléatoire portant sur une quote-part des bénéfices. Ainsi, envisagée tout au moins dans sa conception originaire, la

part de fondateur est sans aucun doute légale, en ce sens qu'elle ne se heurte à aucune prohibition formelle.

On pourra peut-être objecter que l'absence complète de réglementation n'établit pas nécessairement le caractère licite des parts de fondateur. Cette critique ne nous paraît pas fondée. Sans doute il est impossible de relever dans notre législation actuelle la moindre allusion à l'égard de cette combinaison dont l'usage, bien que peu développé lors de la mise en vigueur de la loi du 24 juillet 1867, s'est considérablement élargi depuis cette date. Mais nonobstant ce silence il n'en reste pas moins vrai que la Doctrine est unanime à reconnaître la validité des parts bénéficiaires et il ne viendrait nullement à l'esprit des magistrats de nier dans leurs sentences la légitimité et l'utilité de ces titres.

Il est possible encore d'invoquer en leur faveur des considérations d'ordre fiscal. A ce dernier point de vue ils n'ont pas manqué d'être déclarés licites par l'Administration de l'Enregistrement qui en prévoit l'existence dans les imprimés remis aux sociétés pour assurer la perception de l'impôt et de son côté la loi du 29 mars 1914 (Art. 31, § 1) a admis expressément la perception de l'impôt sur le revenu aux bénéfices répartis aux porteurs de parts. N'est-ce pas là une reconnaissance suffisante de leur existence !

D'ailleurs cette question paraît être à la veille d'être définitivement tranchée par le texte de loi que le Parlement ne tardera pas sans doute à voter et qui non seulement autorise les sociétés par actions à émettre des parts bénéficiaires, soit lors de leur constitution, soit ultérieure-

ment (1), mais encore a pour objet d'introduire dans notre législation, à côté des actions et des obligations, un ensemble de règles destinées principalement à éviter les spéculations et à prévenir les abus auxquels les parts bénéficiaires pourraient donner naissance.

Ainsi, si l'on admet le système de la part-créance, aucun obstacle ne peut empêcher de reconnaître la validité des parts de fondateur.

Au contraire la question devient plus délicate et la solution plus douteuse, tout au moins dans certaines hypothèses, ainsi que nous le verrons plus loin, lorsqu'on considère les parts de fondateur comme des actions. En effet on se heurte à diverses obligations dont l'une est tirée de l'article 1^{er} de la loi de 1867, fixant le minimum du montant des actions. Comme la part de fondateur n'est représentée par aucun chiffre, par aucune valeur nominale, elle doit être nulle, dit-on. Ce raisonnement n'échappe pas à toute critique. Le texte visé a pour but d'éviter le fractionnement du capital en actions ou en coupures d'une valeur tellement minime que la petite épargne était souvent victime des combinaisons et des manœuvres trop habiles de certains spéculateurs. Or les parts de fondateur, tout au moins dans leur conception primitive, n'impliquent pas de versement en espèces et ne font nullement partie du capital social ainsi que les statuts ne manquent jamais de l'énoncer. La loi de 1867 leur est donc complètement étrangère.

Un autre grief a été formulé à l'encontre de la légalité

1. Voir *La Vie Financière*, numéro du 15 février 1923.

des parts bénéficiaires : l'article 34 du Code de commerce stipule, dit-on, que le capital des sociétés par actions se divise en actions d'une valeur nominale égale. En créant des titres donnant droit à une quote-part des bénéfices, la société ne respecte pas le droit d'égalité consacré par le législateur.

Nous n'apercevons aucune raison qui puisse être avancée en faveur d'une application stricte et obligatoire de la règle posée par l'article 34 (Code de commerce). Dénué de tout caractère impératif, ce texte peut être écarté, malgré les avantages pratiques considérables qu'il comporte, si la société le juge utile ou opportun. D'ailleurs on peut ajouter, en dehors de toute autre considération, qu'il ne saurait s'appliquer à des titres qui ne confèrent aucun droit sur le capital social, mais seulement sur les bénéfices réalisés.

Nous avons admis que la part de fondateur était une créance et qu'à ce titre, sa légitimité ne pouvait faire le moindre doute. Il y a lieu, maintenant, de rechercher dans quels cas particuliers cette question est de nature à soulever des difficultés.

Jusqu'à présent nous avons raisonné en nous basant sur les causes d'attribution les plus courantes : tantôt le porteur de parts a rendu de précieux services à la constitution de l'entreprise, tantôt il a fait un apport en nature et en échange il lui a été attribué un droit à une quote-part des bénéfices sociaux.

En dehors de ces hypothèses, il arrive quelquefois que les statuts prévoient la remise de parts de fondateur à tous les actionnaires sans distinction. On a alors pré-

tendu que la règle fixant le taux minimum des actions était violée, l'actionnaire étant titulaire de deux titres dont l'un certainement inférieur au minimum légal. Cette observation ne nous paraît pas exacte. Par application du principe de la liberté des conventions, la société a la faculté de dédoubler l'action en deux titres distincts, à la condition de maintenir à l'égard de l'action de capital toutes les conditions indispensables à sa validité. En fait, le but, que l'on se propose d'atteindre, consiste à attirer les capitalistes en leur accordant à titre de prime une part dans les bénéfices de l'entreprise ; le procédé est, à notre avis, parfaitement licite puisqu'aucune atteinte n'est portée au capital social.

Enfin les statuts peuvent stipuler l'émission de parts de fondateur contre espèces. Personne n'ose à présent contester la validité d'une semblable attribution. A notre connaissance il n'existe guère qu'une seule combinaison où la légalité des parts bénéficiaires ait été vivement combattue et critiquée : c'est en cas d'apport de concession de travaux publics. Jusque vers 1902 le Conseil d'Etat se fondant sur une loi spéciale (Loi du 13 juillet 1845, concernant les chemins de fer de Paris à la frontière de Belgique) prohibait toute attribution de parts de fondateur en cette matière comme étant contraire à l'ordre public.

Depuis quelques années, une tendance inverse se manifeste de plus en plus. Indépendamment de la loi du 13 décembre 1893, permettant aux concessionnaires de se réserver une part dans les bénéfices sociaux, plusieurs décrets rendus en 1899 ont reconnu formellement la légitimité des parts bénéficiaires dans les sociétés ayant

obtenu des concessions de territoires situés en Afrique. De son côté le Conseil d'Etat paraît aussi tempérer sa jurisprudence quelque peu intransigeante en admettant de temps à autre d'importantes exceptions qui tendent à rétribuer sous la forme d'une participation aux bénéfices ceux qui font à la société l'apport d'une concession.

En résumé les considérations, qui viennent d'être développées, nous amènent à conclure que la validité des parts de fondateur ne se heurte à aucun obstacle insurmontable, tant que les avantages conférés par ces titres se réduisent à un droit de partage dans les bénéfices de la société jusqu'à son expiration. La pratique nous enseigne que la conception primitive des parts de fondateur est encore celle qui domine de nos jours mais, toutefois, il arrive que quelques sociétés, plus hardies et moins respectueuses des caractères distinctifs de cette créance de bénéfices, n'ont pas hésité à lui conférer d'autres avantages, dont les deux plus importants sont le droit de voter et celui de participer à la répartition de l'actif social en cas de dissolution. Nous ne manquerons pas plus loin d'examiner et d'apprécier la valeur de ces clauses spéciales.

CHAPITRE IV

RÉGIME DES PARTS DE FONDATEUR

La question du régime des parts de fondateur soulève l'étude des points suivants :

- 1° quelles sont les conditions d'émission de ces titres ?
- 2° quelle forme peuvent-ils revêtir et quel taux doit-on leur appliquer ?
- 3° Enfin comment s'opère leur transmission ?

A. — CONDITIONS D'ÉMISSION DES PARTS DU FONDATEUR

Parmi les conditions à remplir pour la constitution des sociétés par actions, il en existe une d'après laquelle les apports en nature effectués par des actionnaires et les avantages particuliers stipulés au profit de certains d'entre eux, doivent être approuvés par l'assemblée générale des actionnaires conformément aux articles 4 et 24 de la loi du 24 juillet 1867. Il est utile de rechercher si cette règle introduite par le législateur dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers de la société doit trouver ici son application. Autrement dit, peut-on voir un avan-

tage particulier dans l'attribution de parts de fondateur à une personne ayant participé à la formation de la société? Avant de répondre à cette interrogation, rappelons d'abord que Doctrine et Jurisprudence, interprétant la notion d'avantage particulier dans son sens le plus large, sont d'accord pour considérer comme tel tout bénéfice qui rompt l'égalité entre associés. Dans son *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, M. Pont donne une appréciation exacte de cette expression lorsqu'il déclare que l'avantage particulier s'entend de toute stipulation, qui en attribuant à tel ou tel associé une part plus grande dans les bénéfices romprait l'égalité qui doit exister en principe entre tous, au profit de l'un d'entre eux.

Dès lors, si la part de fondateur est remise à un fondateur en considération de ses services ou à un apporteur en nature par suite de la cession au profit de la société d'un bien lui appartenant, il est hors de doute que cette attribution représente un avantage particulier et à ce titre sujet à la vérification de l'assemblée générale des actionnaires avant la constitution de la société « puisqu'elle est de nature, dit M. Wahl (1), à diminuer au profit de l'attributaire les bénéfices des actionnaires ».

La même réponse peut être faite lorsque les statuts stipulent l'attribution de parts de fondateur à certains actionnaires, notamment à ceux qui ont souscrit originellement les premières actions. Cette sorte de récompense représente incontestablement un avantage particulier dont jouissent les anciens associés à l'égard des nouveaux.

1. *Journal des Sociétés*, 1897, p. 158.

Mais ce n'est pas tout. Depuis quelque temps la pratique a révélé qu'on faisait usage de ces titres pour encourager les émissions. Ainsi des entreprises, désireuses d'augmenter leur capital, n'ont pas hésité à remettre à titre de prime une ou plusieurs parts bénéficiaires aux souscripteurs d'un certain nombre d'actions. Alors la question se pose de savoir si une pareille attribution doit être exemptée de la vérification exigée par la loi de 1867?

Pour nous, l'égalité entre associés sera maintenue et par conséquent aucune approbation ne sera nécessaire de la part de l'assemblée générale des actionnaires si le nombre de parts bénéficiaires attribuées est proportionnel à celui des actions ; auquel cas tous les associés sont avantagés les uns autant que les autres mais pas plus les uns que les autres. Au contraire, quand cette proportionnalité n'est pas observée, certains actionnaires notamment ceux qui ont reçu un nombre de parts plus élevé, seront mieux traités que leurs co-associés. Il sera donc nécessaire d'appliquer dans ce cas les articles 4 et 24 de la loi de 1867.

Reste l'hypothèse où les parts de fondateur sont mises en réserve. Avant de l'examiner il importe, nous semble-t-il, de réfuter une objection présentée contre la règle qui tend à soumettre ces titres à la vérification de l'assemblée générale. M. Lecouturier la signale dans son *Traité des Parts de Fondateur* (1) en faisant observer que « l'article 4 de la loi de 1867 ne parle que des avantages particuliers faits à un associé ».

1. Lecouturier. *Traité des Parts de Fondateur*, p. 429, n° 60.

Nous estimons que pour répondre à cet argument il vaut mieux s'attacher plutôt à l'intention présumée du législateur qu'à l'interprétation littérale et rigoureuse du texte. En prévoyant les stipulations d'avantages particuliers au profit de certains actionnaires la loi a envisagé seulement l'hypothèse la plus courante. Elle n'a pas interdit, semble-t-il, de soumettre à la règle de l'approbation tout apport en nature et tout avantage particulier prévus dans les statuts. D'ailleurs la pratique conduit à une solution identique. Dans une société par actions créant des parts bénéficiaires, la première assemblée générale, après avoir reconnu la sincérité de la déclaration de souscription* et de versement, nomme un commissaire chargé d'apprécier les causes des avantages particuliers résultant des statuts et de faire un rapport. La seconde assemblée ayant pris connaissance des conclusions de ce rapport, peut les approuver ou les rejeter suivant les circonstances : quelquefois il arrive qu'elle les diminue seulement. Nous avons vu que parmi ces avantages figuraient incontestablement les parts de fondateur ou bénéficiaires. Il importe donc d'étendre à leur égard les prescriptions légales mentionnées plus haut si l'on veut éviter que les actionnaires soient victimes d'évaluations exagérées et nuisibles à leurs intérêts : l'expérience révèle en effet quelques exemples où l'assemblée générale fut obligée de réduire l'importance de ces avantages particuliers et notamment la quote-part des bénéfices annuels que les fondateurs s'étaient réservés aux termes des statuts.

Examinons à présent l'hypothèse où des parts de fonda-

teur ont été mises en réserve. On rencontre de nos jours quelques sociétés attribuant des titres de cette espèce aux fondateurs à charge par eux d'en répartir plus tard un nombre déterminé entre ceux dont le concours aura été particulièrement précieux et utile. Une pareille stipulation rend-elle réalisable la vérification prévue par les articles 4 et 24 de la loi de 1867?

A première vue il semble que cette formalité légale soit impossible à observer. Un auteur (1) a présenté l'objection en termes précis : « Si l'on considère, dit-il, avec
« raison, suivant nous, que l'attribution de parts de fonda-
« teur constitue un avantage particulier sujet à vérification
« et à approbation dans les termes de l'article 4 de la loi
« de 1867, comment l'assemblée générale pourra-t-elle
« apprécier la cause et la légitimité d'une attribution qui
« n'est pas encore faite, puisque les parts doivent être
« remises après la constitution de la société pour rému-
« nérer des services futurs? Il semble qu'il y a là une
« impossibilité de vérification régulière ».

A notre avis il n'y a pas lieu de redouter cet obstacle car en fait, les statuts ne créent pas des parts de fondateur sans les attribuer tout au moins présentement à des bénéficiaires communs de telle sorte que la vérification légale de ces avantages demeure possible et réalisable. A titre d'exemple nous citerons la formule usitée couramment dans les statuts pour obvier à l'inconvénient signalé :

« Il est créé..... parts de fondateur.

« Ces parts seront remises à....., pour être employées

1. Houpin, *Traité des Sociétés*, p. 289, n° 366.

« par lui comme il le jugera convenable, à rémunérer les
« concours financiers nécessaires à la constitution de la
« société ainsi que tous autres concours qui pourraient être
« fournis ultérieurement à la société ».

D'ailleurs le souci d'empêcher que les prescriptions de la loi de 1867 ne soient tournées, recommande cette solution.

Nous estimons donc que la vérification légale rendue réalisable grâce à la clause habituelle qui vient d'être rappelée, doit s'étendre aussi au cas de parts bénéficiaires mises en réserve.

Il reste enfin à envisager l'attribution de parts de fondateur contre versement en espèces. La pratique enseigne que les sociétés utilisent ces titres dans le but de se procurer des capitaux nécessaires à la bonne marche de leur exploitation et à cet effet on ne manque pas de citer l'exemple de sociétés d'assurances mutuelles qui procèdent à l'émission de parts de fondateur afin de réunir les sommes d'argent indispensables à leur mise en route. Ceci posé, faut-il appliquer la vérification légale à l'hypothèse que nous examinons ?

Comme l'ont dit certains auteurs, l'émission de parts contre espèces s'analyse simplement en une cession à titre onéreux d'une quote-part de bénéfices : ce qui ne motive en aucune façon l'application des règles protectrices de la loi de 1867. Quand à l'objection tirée des abus auxquels cette combinaison peut conduire, qu'il nous soit permis, sans chercher pour cela à en nier l'existence, de faire observer que dans la réalité ils ne sont pas aussi fréquents et aussi graves que certains auteurs l'ont prétendu. Sans

doute, et nous sommes prêts à le reconnaître, des excès sont toujours à redouter et des fraudes demeurent toujours possibles en cette matière mais ces inconvénients, loin de nous faire méconnaître la légitimité d'une telle émission, ne peuvent que nous inciter seulement à en déconseiller l'usage. Tout au plus peut-on formuler l'espoir que les Tribunaux ne valideront l'attribution de parts de fondateur contre espèces que dans le cas d'un profit certain ou d'une utilité évidente pour la société!

B. — FORME ET TAUX DU TITRE

L'absence de toute réglementation légale concernant les parts de fondateur nous oblige à résoudre le problème de la forme et du taux de ces titres en faisant appel aux principes de droit commun et notamment à la règle fondamentale de la liberté des conventions.

D'une façon générale un régime de liberté complète leur est applicable et toutes les formes permises par la loi peuvent être utilisées à l'effet de matérialiser en quelque sorte les droits et avantages conférés par le pacte social aux bénéficiaires de cette combinaison.

Dans la pratique les statuts ne manquent pas de prévoir la forme que revêtiront ces titres et à ce sujet ils s'expriment d'ordinaire de la façon suivante :

« Les parts de fondateur ci-dessus créées sont sans valeur nominale et représentées par des titres négociables au porteur.

« Ils sont extraits d'un livre à souche, numérotés, frappés

« du timbre de la société et signés comme les actions, par
« deux administrateurs de la société ou par un adminis-
« trateur et un délégué du conseil, l'une des signatures
« pouvant être apposée au moyen d'une griffe ou même
« imprimée à la machine ».

La lecture de cette formule couramment usitée souligne l'analogie frappante existant entre la part de fondateur et l'action proprement dite.

Toutefois pour être d'une exactitude complète nous ajoutons que cette ressemblance doit être limitée à la forme des deux titres que l'on compare (1).

Les parts de fondateur sont à l'instar des actions timbrées, signées et munies de coupons. Souvent, et c'est là à notre avis une excellente mesure, les sociétés reproduisent sous forme de mention inscrite au verso du titre les principaux articles des statuts qui traitent des droits et des obligations concernant les attributaires de parts, notamment ceux qui fixent la répartition des bénéfices sociaux soit en fin d'exercice annuel soit à l'expiration de la société.

Mais à l'inverse des actions et des obligations, les parts bénéficiaires sont émises sans valeur nominale, puisqu'elles représentent des droits et avantages dont la nature est d'être avant toute chose incertaine et aléatoire. Le seul inconvénient résultant de cette différence de régime s'est

1. Il nous a paru utile de signaler ce tempérament, car des partisans du système de la part action, pour démontrer le bien-fondé de leur opinion, ont invoqué, à tort selon notre avis, l'analogie de forme ainsi que l'identité de régime fiscal que présentent la part de fondateur et l'action.

révélé lorsque l'administration de l'Enregistrement a émis la prétention d'obliger les intéressés à déclarer la valeur de ces titres, en vue de calculer et liquider le montant des droits auxquels sont assujettis les statuts. Il était évident que l'absence de valeur nominale ne permettait pas de donner satisfaction aux exigences fiscales. C'est pour obvier à cet inconvénient que depuis quelque temps les sociétés n'omettent plus d'évaluer les parts de fondateur à une somme déterminée (en général de 1 à 5 fr. par titre).

D'ordinaire le pacte social est muet sur la question de savoir si le fractionnement des parts peut être pratiqué par la société ? En l'absence d'une stipulation expresse nous estimons que cette opération n'est pas possible. Outre qu'elle provoquerait une opposition unanime de la part de tous les intéressés, elle serait susceptible de porter atteinte au principe fondamental de la liberté des conventions et au respect qui s'attache aux contrats librement conclus. Au surplus il nous paraît équitable de prétendre que les porteurs de parts ont en l'espèce un droit acquis à recevoir la fraction de bénéfices stipulée dans les statuts. S'il a été créé par exemple 3.000 titres, chaque détenteur d'une part bénéficiaire a droit, en vertu du contrat qui le lie à la société, à recevoir obligatoirement un six millième des bénéfices sociaux en supposant, bien entendu, que la moitié de ces bénéfices soit attribuée aux porteurs des 3.000 parts.

Indivisibilité. — Comme pour les actions et les obligations, on prévoit fréquemment que la part est indivisible et qu'au regard de la société un seul propriétaire sera reconnu par titre. Cette règle, admise, même en l'absence

d'une stipulation expresse, est basée sur l'intention présumée des intéressés. En conséquence, chaque fois qu'une part de fondateur appartiendra à plusieurs personnes, soit à la suite de l'ouverture d'une succession, soit pour toute autre cause, les copropriétaires indivis devront se concerter pour se faire représenter auprès de la société par une seule personne (1).

Taux. — La règle édictée par la loi de 1867 au sujet du taux minimum des actions n'est pas applicable aux parts bénéficiaires. Inspirée principalement par la préoccupation de sauvegarder la petite épargne des suites fâcheuses de la spéculation, elle ne régit que les actions représentant dans leur ensemble le capital social : ce qui interdit à cet égard toute extension aux titres conférant seulement un droit aux bénéfices sociaux.

C. — TRANSMISSION

La transmission des parts de fondateur peut s'opérer de deux façons : soit par les voies civiles (acte authentique ou sous seing privé, conformément à l'art. 1690 du Code civil), soit par les voies commerciales (simple tradition, transfert opéré sur les registres de la société ou endossement suivant la forme au porteur, nominative ou à ordre du titre).

Très souvent les statuts décident que les parts bénéfi-

1. La même règle s'applique au cas où il y a plusieurs usufruitiers d'une part bénéficiaire.

ciaires seront représentées par des titres nominatifs ou au porteur selon le choix des ayants droit qui seront fondés à en exiger la remise aussitôt après la constitution de la société. Cette stipulation comportant au gré des attributaires la mise au porteur de ces titres au lendemain de la création de l'être social, est licite car la loi du 24 juillet 1867 (art. 3 modifié par la loi du 1^{er} août 1893 prohibant la forme au porteur jusqu'à entière libération des actions) est sans aucun doute étrangère aux parts de fondateur, lesquelles ne donnent lieu à aucun versement en espèces tout au moins dans leur conception primitive. D'ailleurs en supposant pour un instant qu'elles soient émises contre paiement d'une somme d'argent, la solution serait pour nous identique, car, en dépit des versements qui auraient été effectués, elles resteraient toujours en dehors du capital social (1).

Recherchons maintenant à partir de quel moment le porteur peut négocier le titre dont il est propriétaire.

Il est à peine utile, croyons-nous, de rappeler l'intérêt pratique de la question, tellement il est évident. Notons seulement que la loi de 1893, ayant prohibé la négociation des actions d'apport pendant les deux premières années suivant la constitution de la société, a souligné plus que jamais l'importance de ce point de droit. Quelle supériorité incontestable aurait la part de fondateur sur l'action s'il était loisible à son détenteur de la négocier immédiatement !

Une observation préliminaire s'impose. Peu importe

1. Voir Wahl (*Journal des Sociétés*, 1897, p. 193 et s.).

que la transmission précède ou suive la constitution de la société, les parts de fondateur sont toujours susceptibles d'être cédées suivant les voies civiles; la loi n'a édicté des restrictions à ce droit pour les actions d'apport qu'en cas de négociation, seule hypothèse où la spéculation puisse avoir des conséquences fâcheuses et engendrer des abus regrettables (2).

Pour résoudre cette question, nous envisagerons successivement l'hypothèse d'une négociation antérieure et celle d'une négociation postérieure à la constitution de la société.

1^o Négociation antérieure à la constitution de la société.

La loi de 1867, faisant preuve d'une rigueur moins grande que celle du 17 juillet 1856, dispose dans son art. 2 que « les actions ou coupons d'actions sont négociables seulement après le versement du quart. Pour nous qui considérons la part de fondateur comme une créance, il sera aisé de conclure que la négociation de ce titre est possible même si la société n'est pas encore définitivement constituée. Sur ce point la quasi-unanimité règle en Doctrine tellement il est évident qu'une semblable restriction ne saurait être étendue à d'autres cas, sans doute analogues, mais non prévus d'une façon formelle par la loi. Le célèbre adage : *Exceptio est strictissimæ interpre-*

1. Au contraire les formalités assez complexes de l'art. 1690 du Code civil sont de nature à prévenir toute tentative d'agiotage.

tationis trouve ici son application. Au contraire la négociation doit être déclarée nulle dans le système de la participation si sa réalisation se place avant la constitution de la société et pour ceux qui traitent ce titre comme une action d'apport par suite de l'absence de tout versement en numéraire, il sera nécessaire de décider que la part de fondateur ne sera susceptible d'être négociée qu'à l'expiration de deux années. Et si l'on objecte les inconvénients pratiques du système qui autorise la négociation de ces titres avant la constitution de la société, nous répondrons qu'à la différence de l'actionnaire, le porteur de parts ne peut ignorer qu'il possède un titre dont le caractère est d'être essentiellement aléatoire et la valeur déterminée exclusivement par les résultats obtenus.

Il arrive quelquefois en fait que la constitution de la société, légitimement escomptée, ne s'opère pas pour une cause quelconque. Quelle est l'influence de cet événement sur la cession faite antérieurement. L'aliénation demeure-t-elle valable ? L'acheteur aura-t-il droit au remboursement du prix qu'il a versé ? En logique l'adoption du système considérant la part de fondateur comme une créance de bénéfices éventuels devrait nous inciter à valider cette cession quoi qu'il arrive. C'est du reste dans ce sens que s'est prononcée la Jurisprudence (1).

D'après elle, la vente peut porter sur une chose future et rien ne met obstacle à l'aliénation d'une créance aussitôt après sa naissance. Dès lors il sera possible de vendre

1. *Journal des Sociétés*, 1880, p. 600 ; 1898, p. 542 et D. 87. 1. 208.

la part de fondateur dès son origine et le vendeur ne pourra être contraint de restituer le prix qu'il aura reçu si la société ne se constituait point.

Sans doute ce raisonnement est rigoureusement exact en droit, mais nous estimons qu'il doit être tempéré par une considération tirée de l'intention présumée des parties. Si les contractants ont entendu subordonner la validité de la cession à la constitution définitive de la société, la nullité devra être prononcée et le remboursement du prix ordonné par application des règles gouvernant la condition résolutoire (art. 1183 du Code civil). En matière de vente d'actions à l'émission, les Tribunaux (1) ont admis depuis longtemps et sans difficulté qu'une semblable aliénation était affectée d'une condition, de telle sorte que si l'émission n'a pas lieu pour un motif quelconque, les contractants sont dispensés d'exécuter leurs engagements.

Rien n'empêche, semble-t-il, l'extension de cette jurisprudence aux parts de fondateur dont la transmission serait subordonnée à la réalisation d'une condition résolutoire et, comme tel, devrait être réputée non avenue si la société projetée ne se formait pas. L'épargne serait ainsi mieux protégée.

Au contraire si les parties ont envisagé une cession de droits aléatoires et incertains sans se préoccuper de la fondation de la société, la vente de parts bénéficiaires devra être maintenue et l'acquéreur, ayant accepté le risque de l'inexistence de l'être social, sera mal fondé à

1. D. 87. 4. 452.

demander la restitution du prix payé par lui. Ainsi il y a là une question de fait qui doit être laissée au pouvoir souverain d'appréciation des juges.

2° Négociation postérieure à la constitution de la société.

Les parts de fondateur peuvent-elles être négociées après la constitution définitive de la société ou faut-il leur appliquer la disposition de la loi du 1^{er} août 1893, interdisant pendant deux ans la négociation des actions représentant des apports ?

La discussion reste assez vive sur ce point. Elle s'explique principalement par la diversité des opinions qui tendent à résoudre le problème délicat de la nature juridique des parts de fondateur. En effet, les partisans du système de la part-créance sont d'accord avec raison pour se prononcer dans le sens de la liberté la plus complète.

Peut-être une semblable solution n'est pas irréprochable au point de vue pratique, mais elle n'en demeure pas moins conforme aux principes généraux de notre législation.

A l'inverse, ceux qui considèrent les parts de fondateur comme des actions, reconnaissent en général qu'elles ne sont pas négociables durant les deux premières années parce que, d'après eux, la loi du 1^{er} août 1893 s'applique aux actions d'apport et à tous titres émis en représentation d'apport : ce qui englobe les parts de fondateur.

La Jurisprudence décide sauf quelques exceptions que l'interdiction de négocier les actions d'apport pendant

deux ans, ne doit pas s'étendre aux parts bénéficiaires (1). Parmi les diverses décisions rendues sur ce point on peut citer un jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 5 novembre 1894 (2) qui a fait application de cette règle dans un litige où le cessionnaire de parts de fondateur exigeait de la société la délivrance des titres qu'il avait achetés, bien que le délai de deux ans ne fût pas encore expiré. Le demandeur obtint gain de cause, pour les motifs suivants :

« Attendu que cette interdiction de la négociation des
 « actions d'apport pendant un certain temps est déjà par
 « elle-même une entrave à l'exercice du droit de pro-
 « priété établi par le Code civil, entrave nécessaire et hors
 « de discussion puisqu'elle est le fait de la loi, mais que
 « le Tribunal ne saurait étendre ni aggraver.

« Attendu au surplus que les actions d'apport et les
 « parts bénéficiaires sont la représentation de droits nés
 « de causes absolument différentes.

« que les parts bénéficiaires sont la rémunération soit de
 « concours donnés à la société au moment de sa fondation
 « soit d'abandons dont elle est appelée à profiter mais,
 « qui par leur nature ne sont pas susceptibles d'être
 « considérés comme des apports, ni évalués en argent ».

Devons-nous critiquer cette Jurisprudence ? En logique, non, puisque nous avons admis que la part de fondateur

1. *Journal des Sociétés*, 1899, p. 34 et 1900, p. 463.

2. D. 95. 2. 297.

constitue une créance. Néanmoins une exception mériterait d'être apportée à cette solution si l'on démontrait que l'usage de parts de fondateur était motivé par l'intention frauduleuse de se soustraire à la défense faite aux porteurs d'actions d'apport de négocier leurs titres pendant deux ans, conformément à l'adage : « *Fraus omnia corrumpit* ».

Voyons à présent comment s'opère la transmission des parts de fondateur ? Si la transmission s'effectue suivant les règles du droit civil, il sera nécessaire de donner satisfaction aux exigences formulées par l'article 1690 (C. civ.). En conséquence, pour rendre opposable la cession au tiers, il y aura lieu de faire une signification à la société débitrice à moins qu'il y ait eu acceptation de celle-ci, constatée par acte authentique.

Si les parts de fondateur font l'objet d'une négociation, elles peuvent être transmises par le ministère des agents de change seulement ou par tous intermédiaires selon qu'elles ont été admises ou non à la cote officielle (art. 76 Code de Com.).

Quant à la vente elle-même, elle doit être gouvernée par les principes de droit commun. Aussi les règles relatives à la formation des contrats et à leur validité trouveront-elles ici leur place. A titre d'exemple on peut citer un jugement du Tribunal civil de la Seine (1) prononçant la nullité d'une vente de parts bénéficiaires en raison des manœuvres dolosives du vendeur qui eurent pour effet de vicier le consentement de l'acheteur.

Une récente application de ces principes généraux peut

1. *Journal des Sociétés*, 1890, p. 530.

être relevée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1) : il s'agissait d'une vente de parts bénéficiaires, dépourvues de toute valeur commerciale, et dont l'annulation avait été prononcée par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. L'acheteur ayant versé, à la suite d'agissements assez suspects, la somme nécessaire pour l'acquisition d'un 1/10 de ce titre, assignait le vendeur en nullité du contrat et en restitution du prix versé. La Cour lui donna gain de cause en se fondant tant sur l'article 1626 (Code civil) qui oblige le vendeur à garantir l'acquéreur en cas d'éviction, qu'en vertu de l'article 1641, du même code, concernant la garantie des vices cachés.

Saisie-arrêt. — Il reste à examiner une dernière difficulté. La part de fondateur peut-elle être l'objet d'une saisie-arrêt ? On sait que le créancier d'un actionnaire a le droit de former opposition sur les actions. Dans ce cas on suit la procédure habituelle déterminée par le Code de Procédure civile, en demandant au Tribunal de valider la saisie-arrêt et ensuite de faire vendre les titres par les soins d'un agent de change en cas de cotation à la Bourse ou par l'entremise d'un notaire dans l'hypothèse inverse. La jurisprudence s'est déjà prononcée dans ce sens à plusieurs reprises et elle a admis aisément la même solution à l'égard des parts de fondateur (2), bien qu'on ait objecté que ces titres ne confèrent qu'un droit éventuel au partage de l'actif social, s'il en existe un à la dissolution de la société, et ne pouvaient faire l'objet d'une saisie-arrêt.

1. *Revue des Sociétés*, 1918, p. 62.

2. *Journal des Sociétés*, 1899, p. 34.

CHAPITRE V

DROITS ET OBLIGATIONS DES PORTEURS DE PARTS

On sait qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil, la convention librement conclue, fait la loi des parties. Si l'on applique ce principe général à la matière qui nous occupe, ce sont les statuts qui formeront pour les porteurs de parts de fondateur le contrat générateur de droits et d'obligations. Il convient donc de recourir à leurs termes, d'autant plus qu'il n'existe ici aucune réglementation légale — pour connaître l'étendue des avantages qu'ils concèdent et des charges qu'ils imposent.

Aussi est-il indispensable de se reporter au pacte social lorsqu'on désire être renseigné sur l'importance du droit aux bénéfices qui est attribué à ces titres pendant la durée de la société, car lui seul règle cette importante question. Et la même observation peut s'étendre aussi aux obligations mises à la charge des porteurs de parts, notamment la défense formelle de s'immiscer dans l'administration de la société et le devoir strict de se soumettre aux décisions de l'assemblée générale des actionnaires.

Ceci posé, étudions d'abord les droits conférés aux attributaires de parts de fondateur : nous examinerons ensuite les obligations qui pèsent sur eux.

SECTION I

DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR

De la définition même des parts de fondateur, il ressort nettement que la principale prérogative, attachée à ces titres, consiste dans une participation aux bénéfices de la société. Sans doute cet avantage est le plus substantiel et le plus lucratif, mais il n'exclut pas d'autres droits secondaires et particuliers dont jouissent aussi les porteurs de parts. Nous les exposerons à la fin de cette première partie.

I. — Droits principaux

a) DROIT A UNE FRACTION DES BÉNÉFICES.

Les statuts s'expriment en général de la façon suivante :

« Les produits de l'entreprise, déduction faite des frais généraux, de toutes les charges sociales ainsi que de tous amortissements jugés nécessaires par le Conseil d'Administration, constituent les bénéfices nets.

« Sur ces bénéfices il est prélevé :

« 1^o 5 0/0 pour constituer la réserve légale ;

« 2^o les sommes nécessaires pour fournir aux actions, à titre de premier dividende, 6 0/0 sur le montant libéré et non amorti.

« Sur le reliquat il est prélevé :

Bertrand

- « a) 5 0/0 au Conseil d'Administration ;
- « b) toutes sommes que l'Assemblée générale sur la proposition du Conseil d'Administration déciderait de reporter ou d'affecter à des réserves spéciales.
- « Le solde sera attribué : 85 0/0 aux actions.

15 0/0 aux parts de fondateur ».

Les statuts fixent toujours la fraction des bénéfices nets, réservée aux porteurs de parts : c'est dire qu'elle est essentiellement variable. Des sociétés, désireuses d'éviter dans la mesure du possible la gêne et les inconvénients que l'existence de ces titres peut susciter lors de certaines éventualités, notamment lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital, leur accordent un droit raisonnable (5 0/0 par exemple) et à cet égard la pratique des dernières années a prouvé pleinement qu'elles avaient eu raison d'agir de la sorte. D'autres, faisant preuve d'une plus grande générosité à l'égard de leurs fondateurs, n'ont pas hésité à admettre, peut-être imprudemment, un quantum plus élevé (20, 30 et 40 0/0) et quelquefois excessif (50 et même 60 0/0).

Le sens précis qu'il importe de donner au mot « bénéfices nets », et c'est là un point capital, est aussi déterminé par les statuts. De cette façon on évite nombre de difficultés qui pourraient surgir au sujet du montant exact des sommes à répartir entre les ayants droit aux bénéfices sociaux. On les établit après déduction des frais généraux, amortissements, etc... et d'une façon générale en retranchant ce que l'on appelle « les charges sociales ». Il est utile toutefois de rappeler ici que cette définition ne doit pas s'interpréter dans un sens trop rigoureux, car à la fin

d'un exercice annuel pris isolément, l'excédent des recettes sur les dépenses ne représente pas nécessairement un bénéfice « distribuable ». Autrement dit il convient de se reporter au bilan qui, en donnant un aspect général de la société, pourra par exemple révéler la perte d'une partie du capital, provoquée par des exercices antérieurs déficitaires. Dans ces conditions il est manifeste que toute répartition de bénéfices doit être suspendue jusqu'au moment où tous les déficits précédents auront été couverts. C'est du reste pour ce motif que la Jurisprudence ne considère comme bénéfice net que l'excédent de l'actif sur le passif (1).

Le calcul de la fraction de bénéfices alloués aux porteurs de parts s'établit d'ordinaire de la manière suivante. On commence par prélever, sur l'ensemble des bénéfices nets, le 5 0/0 destiné à la réserve légale, ainsi que l'ordonne l'article 36 de la loi de 1867, puis une somme suffisante pour servir aux actionnaires sous forme d'acompte un premier dividende correspondant à l'intérêt de leurs mises sociales (5 ou 6 0/0). Sur ces deux points aucune divergence ne peut être relevée dans les statuts qui accordent toujours la préférence aux deux prélèvements que nous venons de citer.

Bien que l'hypothèse soit dépourvue de tout intérêt pratique, des auteurs se sont demandés si, dans le silence des statuts, il fallait également accorder aux actionnaires l'intérêt de leurs capitaux avant toute distribution. La

1. Voir Lecouturier, *Manuel pratique des assemblées d'actionnaires*, n° 91 et s.

question ne se pose pas pour le premier prélèvement, celui destiné à alimenter la réserve légale, puisqu'il est imposé par la loi. Reste donc le second prélèvement. A notre avis, malgré diverses objections qui tendent à considérer le premier dividende comme une dette sociale, et nonobstant des considérations d'équité, nous pensons que le prélèvement d'intérêt doit être refusé aux actionnaires en l'absence d'une clause formelle des statuts. En effet, à la différence de l'obligation qui donne droit à un revenu fixe, l'action, indépendamment de ses autres attributs, permet de réclamer une part de bénéfices dont le caractère essentiel est de varier suivant le degré de prospérité de l'entreprise. Tandis que l'obligataire est un prêteur, titulaire d'une créance que même l'absence de bénéfices ne peut annihiler, l'actionnaire est un associé dont le droit au dividende est subordonné à la réalisation d'un gain par la société, et à ce titre, il ne peut réclamer l'intérêt de sa mise sauf en cas de stipulation formelle (1). Pour nous il est donc nécessaire que ce prélèvement soit autorisé par les statuts.

Lorsque les déductions nécessitées par la réserve légale et l'intérêt du capital ont été opérées sur l'ensemble des bénéfices nets, les statuts ne manifestent plus la même unanimité en ce qui concerne la répartition du surplus restant disponible.

D'ordinaire, un nouveau prélèvement est effectué pour assurer le tantième des Administrateurs. Cependant, il

1. Sur la distinction entre le coupon d'intérêt et le coupon de dividende, voir Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 181.

arrive quelquefois que le tantième est calculé en même temps que les deux premiers prélèvements : il représente alors un mode de rémunération plus avantageux pour les intéressés puisqu'il est basé sur l'ensemble des bénéfices nets distribuables.

Puis il est généralement prévu que l'assemblée générale aura le pouvoir de constituer un fonds spécial de prévoyance et de réserves supplémentaires et extraordinaires. Durant ces dernières années, cette clause est devenue d'un usage courant et a pris une importance de plus en plus considérable en raison de l'instabilité des affaires commerciales et industrielles. Signalons encore ici une nouvelle divergence dans la rédaction des statuts. La création de ces fonds spéciaux se réalise en fait à l'aide d'un prélèvement opéré tantôt sur la part de bénéfices réservée aux actionnaires, tantôt sur celle des actionnaires et des porteurs de part.

Le solde est enfin réparti entre les actions et les parts de fondateur suivant un pourcentage déterminé.

Quelques sociétés stipulent que les parts bénéficiaires recevront une première répartition avant les actions. Une pareille clause est-elle licite ? En l'absence de toute réglementation légale on doit s'en tenir purement et simplement au principe général de la liberté des conventions. Par conséquent ce mode de répartition des bénéfices sociaux, comme d'ailleurs ceux que nous venons d'exposer, ne peut faire l'objet d'aucune contestation.

Et il en est de même lorsque les statuts limitent les droits des porteurs de parts au partage des bénéfices annuels. Dans ce cas il est compréhensible que les inté-

ressés s'opposeront énergiquement à la mise en réserve de toutes sommes prélevées sur les bénéfices réalisés à la fin de chaque exercice, puisqu'il leur sera interdit, lors de la dissolution, de participer à la répartition du solde actif de liquidation, devenu la propriété exclusive des actionnaires.

b) DROIT AU SOLDE ACTIF DE LIQUIDATION

Lorsque la liquidation d'une société a lieu, l'intégralité de l'actif social doit être réalisé et le passif entièrement acquitté. Non seulement les obligataires seront désintéressés du montant intégral de leur prêt mais encore les actionnaires prélèveront également le capital nominal de leurs actions. Le surplus, s'il existe, devra-t-il faire retour aux actionnaires et aux porteurs de parts, et dans quelles proportions en cas de réponse affirmative ? Faisons observer de suite que cette question est dépourvue de tout intérêt pratique car les statuts ne manquent jamais de reconnaître aux porteurs de parts un droit sur le solde actif, appelé « boni de liquidation », en leur allouant une fraction généralement identique à celle dont ils jouissent sur les bénéfices distribués en fin d'exercice annuel. Cette clause se justifie aisément. Le solde actif, que fait apparaître la liquidation de la société, est en principe constitué par les réserves prélevées sur les bénéfices obtenus pendant le fonctionnement de l'entreprise. Rien n'est alors plus juste que d'admettre les porteurs de parts de fondateur à exercer leurs droits sur ces sommes, d'autant plus que les bénéfices mis de côté n'ont échappé à toute

répartition entre les divers ayants droit que grâce à une clause statutaire prévoyant la création d'un fonds spécial de réserves. Pour cette raison les auteurs sont unanimes à reconnaître ce droit aux porteurs de parts bénéficiaires aussi bien dans l'hypothèse d'une clause formelle que dans le silence des statuts.

Pour connaître les proportions à observer pour la répartition du boni de liquidation entre actionnaires et porteurs de parts, il est nécessaire encore de consulter les statuts. En règle générale le partage s'effectue suivant le même pourcentage que pour la distribution des bénéfices annuels. Toutefois lorsque le pacte social stipule qu'après les prélèvements nécessités par la réserve légale et l'intérêt du capital des actions, le solde sera attribué suivant un fractionnement déterminé au Conseil d'administration, aux actions et aux parts de fondateur, ces proportions ne peuvent plus être observées du fait que la liquidation de la société a pour effet de faire disparaître la quote-part réservée au Conseil d'administration. A titre d'exemple, voici une société qui attribue le solde de ses bénéfices à raison de 5 0/0 au Conseil d'administration, 85 0/0 aux actions et 10 0/0 aux parts de fondateurs. A la liquidation, le surplus de l'actif après paiement des dettes sociales et remboursement du capital versé et non amorti, sera réparti suivant un pourcentage différent : 90 0/0 aux actions et 10 0/0 aux parts. Le 5 0/0 réservé au Conseil d'administration s'est éteint par suite de la dissolution : il est venu accroître la quote-part des actionnaires. La proportionnalité a donc été modifiée entre les divers groupes d'intéressés.

Le partage de l'actif social a suscité une autre controverse assez délicate. Elle peut se formuler ainsi : est-il permis, au moyen d'une clause spéciale, d'enlever aux actionnaires le droit de prélever avant tout partage le montant de leurs mises et de déclarer que l'ensemble de l'actif social sera réparti suivant une proportion fixée entre les actionnaires et les porteurs de parts de fondateur ?

Plusieurs auteurs (1) ont soutenu l'affirmative en se basant sur le principe général de la liberté des conventions. L'actionnaire a le droit de renoncer au droit de prélever les intérêts de son capital pendant l'exploitation de la société : aucun obstacle ne peut l'empêcher de renoncer aussi lors de la liquidation au capital qu'il a versé. D'ailleurs, ajoute-t-on, la renonciation à un droit est toujours permise à celui qui est appelé à en bénéficier : elle ne peut nuire qu'à son titulaire. Quant aux lois de 1867 et 1893, contrairement à ce que l'on pourrait croire, elles ne sont nullement violées ni atteintes, puisqu'elles ont trait seulement à la formation de la société : elles perdent en conséquence tout leur intérêt au moment de la dissolution. Enfin cette clause de renonciation des actionnaires au droit de prélever le capital nominal de leurs actions n'aboutit pas, dit-on, à accorder aux porteurs de parts le droit de partager le fonds spécial : les droits des intéressés se sont seulement accrus par suite de l'importance prise par les bénéfices et l'actif net.

Nous ne partageons pas l'opinion de ces auteurs pour

1. Wahl, p. 26. *Genevois*, p. 167, Rousseau, n° 1223.

la raison principale qu'elle tend en réalité à défigurer la part de fondateur en attachant à ce titre une prérogative réservée à l'action, nous voulons dire le droit au partage du fonds social. En effet si l'on ajoute à cet attribut, le droit au partage des bénéfices et le droit de se substituer un tiers par voie de cession, que comporte également la part de fondateur, il faudra reconnaître qu'il n'y a plus guère de différence sensible séparant ces deux titres, surtout s'il s'agit de parts émises contre espèces. Le porteur pourra, suivant cette théorie, concourir comme un véritable associé au partage de l'actif social, le résultat est d'autant plus inadmissible que cet intéressé n'a nullement contribué à la formation du capital sur lequel il exercera ses droits.

Dans ces conditions, comment et en vertu de quel titre le porteur de parts pourrait-il prétendre au partage de ce fonds ? Remarquons que, pour être logiques avec eux-mêmes, les partisans de cette clause devraient aussi reconnaître aux attributaires de parts de fondateur le droit de s'immiscer dans la gestion de la société et de participer aux assemblées générales. En effet nous ne voyons pas de quelle façon il serait possible de leur refuser le droit de surveiller et d'administrer un bien leur appartenant. Quant à la comparaison établie entre la renonciation aux intérêts du capital et celle au capital lui-même, elle ne nous paraît nullement décisive, étant donné que lorsqu'elle porte sur le capital social elle a pour principal effet d'en modifier la répartition (1).

1. Dans le premier cas la renonciation ne modifie, au contraire, que la distribution des bénéfices.

Cette dernière observation nous amène à opter pour une solution intermédiaire, basée sur l'idée que tout ce qui excède le capital social constitue un bénéfice. Si le partage fournit aux actionnaires le remboursement de leurs mises, l'excédent pourra, en vertu de cette clause, être réparti entre actionnaires et porteurs de parts de fondateur. A l'inverse si l'actif à liquider est à peine égal au montant des apports ou même inférieur, il ne peut être question d'aucun partage entre intéressés : sinon ce serait reconnaître au profit des porteurs de parts un droit au partage du capital social.

Deux objections, que nous ne pouvons passer sous silence, ont été cependant formulées à l'encontre de ce système : l'une tirée de l'article 1853 du Code civil, accordant aux associés ayant fait un apport industriel le droit de concourir avec les autres associés au partage du fonds spécial, l'autre s'appuyant sur la nécessité d'attendre jusqu'à la clôture de la liquidation avant de pouvoir apprécier la validité d'une pareille clause. On peut répondre que le texte invoqué est inapplicable dans l'espèce puisque nous considérons les parts de fondateur comme des créances éventuelles de bénéfices et non comme des actions. Quant aux inconvénients pratiques que comporterait la solution que nous préconisons ils paraissent avoir été quelque peu exagérés. Pour nous les tribunaux seront plus souvent appelés à statuer sur la validité de cette clause non pas pendant l'existence de la société mais lors de sa liquidation car c'est seulement à ce moment que les intéressés, ayant connaissance des résultats d'ensemble de l'entreprise, pourront estimer s'il y a lieu ou non

d'agir. Résoudre ce problème pendant la vie sociale ne leur serait d'aucune utilité puisqu'il est impossible de savoir à l'avance si l'entreprise se soldera par des bénéfices ou par des pertes. Aussi nous semble-t-il préférable d'admettre que les tribunaux (1) pourront sans inconvénient sérieux considérer comme prématurément introduite la demande tendant à apprécier la valeur de la clause d'abandon et la déclarer en conséquence non recevable et mal fondée quant à présent, dans le cas où elle serait formulée au cours de l'existence sociale.

II. — Droits accessoires

A côté du droit à une quote-part des bénéfices sociaux, il arrive assez fréquemment que les statuts réservent au profit des porteurs de parts d'autres avantages d'une nature particulière, ayant trait d'une part à la prime d'émission d'actions et d'autre part au privilège de souscription en cas d'augmentation du capital social. Etudions successivement ces deux hypothèses.

a) DROIT DES PORTEURS SUR LA PRIME D'ÉMISSION D' ACTIONS

Durant ces dernières années la pratique a révélé qu'un grand nombre de sociétés accordaient au profit des porteurs de parts un droit à une fraction de la prime en cas d'émission de nouvelles actions. Dans ce cas, aucune dif-

1. En fait la Jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. La raison tient à ce que les statuts n'omettent pas d'ordonner le remboursement des mises sociales avant toute répartition,

ficulté ne peut surgir puisque les statuts confèrent aux intéressés un droit indubitable sur les sommes provenant de ces primes.

Mais dans le silence du pacte social la question se pose de savoir si cet avantage doit être maintenu.

Nous estimons, malgré l'avis contraire de M. Wahl (1), que le droit à la prime d'émission ne peut être reconnu aux porteurs de parts en l'absence d'une clause formelle. En effet, que représente la prime d'émission? Faut-il notamment la considérer comme un capital? Non, puisqu'aux termes de l'article 34 du Code de commerce le capital d'une société par actions est fixé seulement par la valeur nominale des actions. Est-ce par contre un bénéfice? Pour résoudre ce point il est utile de rappeler au préalable la raison d'être de la prime d'émission. Si aucun versement supplémentaire n'était exigé en cas d'augmentation du capital, les actionnaires primitifs subiraient, par suite de l'écart existant entre le capital nominal et la valeur réelle de l'actif, déduction faite des charges sociales, une perte résultant de ce qu'ils seraient obligés de concourir avec les nouveaux souscripteurs sur la quote-part des bénéfices qui leur sont alloués par les statuts. L'équilibre serait ainsi rompu entre les deux catégories d'associés. La prime d'émission a été imaginée pour rétablir l'égalité entre actionnaires de la première et actionnaires de la dernière heure.

Après réflexion nous estimons qu'il est impossible de prétendre que cette prime constitue un bénéfice réalisé

1. Wahl, *Les parts de fondateur*, p. 25.

par la société au cours de ses exercices annuels et il nous semble plus conforme à la réalité des faits de la considérer comme un supplément d'apport effectué par les nouveaux actionnaires pour avoir droit au partage des réserves et à la plus-value du fonds social suivant les proportions fixées par les statuts, de telle sorte que le taux d'émission doit se décomposer en deux parties distinctes : la première représentant le capital de l'action, la seconde correspondant à la prime versée par les souscripteurs d'actions nouvelles en vue d'acquérir les mêmes droits que les anciens actionnaires. Selon l'expression très juste de M. Wahl (1) c'est « une sorte de droit d'entrée analogue « à celui que versent les membres d'un cercle pour obtenir le droit d'être admis ». La nature juridique que nous venons ainsi d'attribuer à la prime d'émission nous interdit, à moins d'une disposition formelle, de reconnaître aux porteurs de parts un droit quelconque sur ces sommes. Puisque cette prime n'est pas autre chose qu'un versement supplémentaire destiné, nous le répétons, à maintenir l'égalité entre tous les actionnaires, il faut en conclure logiquement qu'elle s'applique seulement aux rapports des associés entre eux : ce qui exclut, en conséquence, les porteurs de parts bénéficiaires.

D'ailleurs, la solution inverse serait de nature à modifier la proportionnalité d'intérêts entre les deux groupes d'ayants droit en ce sens que les droits des actionnaires risqueraient fort d'être sacrifiés au profit des porteurs de parts. Un exemple très simple aidera à saisir la portée de

1. *Précis de droit commercial*, 1921, n° 657, p. 209.

cette observation : voici une société dont les statuts répartissent les bénéfices réalisés suivant les proportions de 90 0/0 aux actionnaires et le surplus, soit 10 0/0, aux porteurs de parts de fondateur. Au cours de son existence elle est amenée à augmenter son capital par l'émission d'un certain nombre d'actions. Les nouveaux souscripteurs possèdent désormais un droit sur les 90 0/0. En considérant la prime comme un bénéfice, les actionnaires seront contraints de subir le concours des porteurs qui de ce fait recevront une fraction de bénéfices supérieure à celle que les statuts leur réservaient. N'est-ce pas là faire preuve d'une injustice évidente à l'égard des actionnaires !

Aussi pour éviter ce résultat fâcheux, un auteur, M. Houpin (1), a-t-il recommandé d'introduire dans le pacte social une clause spéciale portant qu'en cas d'émission d'actions nouvelles le montant des primes représentera non pas un bénéfice distribuable mais un versement supplémentaire effectué par les nouveaux souscripteurs et qu'en conséquence les porteurs de parts et en général tous les ayants droit à un tantième des bénéfices sociaux ne pourront réclamer aucune fraction de ces sommes, devenues la propriété exclusive des actionnaires.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à propos du rachat de parts de fondateur au moyen des primes perçues lors de l'émission d'actions nouvelles. Dans un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes, le

1. *Journal des Sociétés*, juin 1921, p. 241 et s.

A notre connaissance la pratique ne paraît pas avoir suivi jusqu'à présent le conseil donné par cet auteur.

21 janvier 1920 (1), la Cour de cassation a déclaré, d'ailleurs sans motiver sa décision, que la prime augmente non pas le capital de la société mais la valeur du fonds social, de telle sorte que sa répartition représente une distribution de bénéfices ou de produits passibles de la taxe sur le revenu. Il est regrettable, à notre avis, que la Cour Suprême, en se ralliant à cette opinion, se soit mise en complet désaccord avec la Commission Supérieure des bénéfices de guerre, qui dans l'application de la loi du 1^{er} juillet 1915, créant une contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre, s'est refusée à considérer comme des bénéfices les sommes provenant des primes d'émission. Souhaitons que cette grave divergence disparaisse au plus tôt.

b) DROIT DE PRÉFÉRENCE RÉSERVÉ AUX ACTIONNAIRES ET AUX PORTEURS DE PARTS EN CAS D'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

Afin de bien comprendre l'objet de ce droit ainsi que les difficultés auxquelles il a donné lieu, il nous paraît utile de reproduire d'abord la formule courante employée par les statuts et destinée à fixer, avec toute la précision désirable, les prétentions réciproques des actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires en cas d'augmentation du capital social.

« Dans toute augmentation de capital par voie d'émis-

1. *Journal des Sociétés*, 1920, p. 211.

« sion d'actions nouvelles à souscrire en numéraire, un
« droit total de préférence pour la souscription des
« actions nouvelles sera réservé aux porteurs des actions
« et aux porteurs de parts dans la proportion de ... pour
« les premiers et ... pour les seconds, et ce droit sera lui-
« même proportionné au nombre d'actions et de parts
« possédées : l'assemblée générale fixera les conditions
« des émissions nouvelles ou donnera au Conseil d'admi-
« nistration tous pouvoirs pour les fixer également. »

Le droit de préférence, ainsi défini et délimité, peut s'appliquer, tantôt à la totalité, tantôt à une partie des nouvelles actions. Presque toujours il s'exerce suivant les conditions d'émission déterminées par l'assemblée générale. Très rarement l'avantage de souscrire au pair est accordé par les statuts en raison de ce que cette clause est de nature à porter une sérieuse atteinte au crédit de la société et à nuire à la réussite des augmentations de capital. La répartition des nouvelles actions s'effectue suivant la proportion des titres possédés par chacun des intéressés.

Mais ici une question se pose. Lorsque le pacte social limite le droit de souscription des actionnaires et porteurs de parts à une fraction du capital émis, est-il possible aux intéressés de pouvoir l'exercer sur le surplus ? Faut-il étendre, autrement dit, le privilège de souscription à la portion du capital restée disponible ? En principe non, car l'interprétation restrictive doit prévaloir, à l'égard de toute clause stipulant un droit de préférence, au profit de certaines personnes. Mais, à notre avis, comme de nos jours les émissions d'actions nouvelles comportent en général

l'exercice d'un droit de souscription à titre réductible, aucune raison sérieuse ne peut empêcher l'assemblée générale d'offrir aux actionnaires et aux porteurs de parts de fondateur le surplus des actions nouvelles qui n'auront pas été souscrites dans un délai déterminé, bien que ceux-ci aient déjà exercé leur droit de préférence sur la fraction du capital qui leur était réservé. Comme il est facile de le voir, les porteurs de parts sont appelés à jouir d'un avantage très appréciable lorsque le pacte social leur reconnaît un droit de priorité en cas d'augmentation du capital. Nous dirons même : avantage trop considérable, car en fait, un tel privilège est susceptible de gêner sérieusement la société lorsqu'elle désire accroître l'importance de ses ressources financières. En effet depuis ces dernières années, la pratique révèle qu'en réservant aux actionnaires et aux porteurs de parts l'intégralité des émissions futures, on interdit du même coup l'accès de l'entreprise à des tiers dont les capitaux ou les connaissances auraient pu être d'une grande utilité pour le développement ultérieur des affaires sociales (1).

Aussi de nos jours voit-on la plupart des sociétés tenter des efforts persévérants pour éliminer si possible un tel obstacle ! Les unes cherchent à traiter avec les porteurs de parts bénéficiaires en vue du rachat de leurs titres sur des bases à fixer d'un commun accord. D'autres se rallient à un moyen plus radical en essayant de supprimer purement et simplement le droit de souscription privilégiée.

1. Cette remarque explique pourquoi les auteurs sont unanimes à nier l'existence du droit de préférence et par conséquent à en refuser l'exercice en l'absence d'une disposition formelle.

A cet effet nous nous permettrons de faire observer que cette dernière tentative doit demeurer infructueuse, car l'assemblée générale extraordinaire ne peut pas modifier les droits conférés statutairement aux porteurs de parts sans leur consentement unanime. Si elle agissait au mépris de cette règle, les intéressés seraient fondés à demander l'annulation de la délibération prise par les actionnaires en dehors de leurs pouvoirs.

SECTION II

OBLIGATIONS DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR

L'étude de la nature juridique des parts de fondateur a montré qu'il était contraire à l'intention des parties de les considérer comme des actions. Parmi les diverses raisons invoquées dans ce sens, nous n'avons pas manqué de citer la clause de style insérée dans les statuts aux termes de laquelle les porteurs de parts ne doivent jamais s'ingérer dans l'administration de la société, ni sous aucun prétexte avoir accès à l'assemblée générale. N'est-ce pas la meilleure preuve, avons-nous ajouté, que l'action et la part de fondateur sont deux titres distincts, ayant chacun leurs caractères particuliers. C'est de cette idée essentielle que découlent les obligations mises à la charge des porteurs de parts.

En effet, si l'on est d'avis de les considérer comme des créances de bénéfices, ainsi que nous l'estimons, il faut

leur refuser le droit de surveiller et d'administrer les affaires de la société.

Au contraire, les partisans de la part-action, pour être logiques avec leur système, doivent admettre qu'en leur qualité d'associés les porteurs de parts peuvent participer à la gestion sociale et voter aux assemblées générales. Et cependant ils n'osent admettre ces conséquences, tellement ils se rendent compte qu'elles sont incompatibles avec les exigences de la pratique. Comme l'a dit M. Lyon-Caen, le principal défaut de cette théorie est de se heurter à l'impossibilité de calculer le quorum exigé pour la validité des assemblées d'actionnaires, puisque les parts de fondateur n'ont aucune valeur nominale et qu'elles ne font pas partie du capital social.

Voyons maintenant en quoi consistent les obligations mises par les statuts à la charge des porteurs de parts.

D'ordinaire il est stipulé les clauses suivantes :

« Les parts de fondateur ne confèrent aucun droit de
« propriété sur l'actif social, mais seulement un droit de
« partage dans les bénéfices de la société.

« Les porteurs de parts n'ont, à ce titre, aucun droit
« d'immixtion dans les opérations sociales, ni de contrôle
« sur la direction des affaires ; ils ne peuvent critiquer ni
« les réserves ni les amortissements. Ils ne peuvent assis-
« ter aux assemblées générales des actionnaires et doivent
« pour l'exercice de leurs droits, notamment pour la fixa-
« tion du dividende, s'en rapporter aux inventaires sociaux
« et aux décisions de l'assemblée générale.

« Ils ne peuvent s'opposer aux modifications qui seraient
« apportées aux statuts par l'assemblée générale en tant

« qu'elles ne porteraient pas atteinte à leurs droits à la « portion de bénéfices qui leur est attribuée ».

1° L'obligation principale de porteurs de parts est toute négative : elle consiste à ne pas s'immiscer dans l'administration de la société. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, ce devoir impérieux résulte de l'absence chez eux de toute intention de se considérer comme des associés, ayant charge de diriger et d'administrer la société. Autrement dit l'*affectio societatis*, condition nécessaire pour qu'un droit constitue une action, est inexistante chez les porteurs de parts.

Le porteur d'une part bénéficiaire, comme un créancier ordinaire, malgré le droit de gage général, dont il est investi aux termes de l'article 2093 du Code civil, ne peut s'introduire dans l'administration du patrimoine de son débiteur, sauf en cas de fraude où il peut alors user de l'action Paulienne (art. 1167 du Code civil).

La conséquence de cette obligation primordiale se réfère à l'interdiction pour les porteurs de parts d'avoir accès aux assemblées générales. C'est pour cette raison que les statuts ne manquent pas de formuler une semblable prohibition. Nous ajoutons que même dans l'hypothèse, extrêmement rare en pratique, où l'admission des porteurs de parts à l'assemblée générale ne serait pas interdite par le pacte social, la même solution devrait prévaloir parce qu'il est indispensable à nos yeux d'éviter toute confusion regrettable entre la part de fondateur et l'action : le seul moyen d'atteindre sûrement ce but essentiel est de conserver aux deux titres leurs caractères propres et distinctifs. C'est ce point de vue que le Tribunal de Commerce de la

Seine a confirmé dans un jugement du 5 novembre 1894 (1) dont nous extrayons le passage suivant :

« Qu'en effet les parts bénéficiaires ne sauraient, sans
« modifier leur essence et sans être soumises aux mêmes
« règles que les actions d'apport, jouir des mêmes droits
« essentiels, que la différence des droits est le signe caractéristique des deux titres ».

Examinons à présent la portée et la valeur juridique d'une clause des statuts qui tendrait à reconnaître aux porteurs de parts le droit de voter aux assemblées générales. Des fondateurs de société, non contents d'attribuer aux parts bénéficiaires un droit au partage de l'actif social, ont tenté de leur accorder aussi le droit de vote à l'assemblée générale dans le but d'en faciliter le placement dans le monde de l'épargne. Faut-il valider une pareille stipulation ? Un auteur, M. Rousseau (2), a soutenu l'affirmative en se basant tant sur l'absence complète de prohibition légale dans cet ordre d'idées que sur l'utilité évidente des porteurs de parts à participer aux travaux de l'assemblée générale. Mais de nombreuses objections ont été formulées à l'encontre de ce système. Deux d'entre elles en raison de leur importance méritent d'être développées.

La première repose sur l'idée suivante, précédemment énoncée : il est nécessaire de maintenir à tout prix les différences fondamentales séparant la part de fondateur de l'action. Ce qui revient à dire que toute clause, qui tend à supprimer les traits distinctifs et propres à chacun de ces

1. D. 95. 2. 297.

2. *Traité des sociétés*, n° 1240 et s.

titres, doit être rejetée et annulée. Or c'est précisément ce qui arrivera dans le cas que nous examinons. En conférant par une disposition formelle aux porteurs de parts bénéficiaires le droit de vote à l'assemblée générale, on supprime du même coup l'une des caractéristiques essentielles de l'action et une confusion regrettable s'établit de la sorte entre ce titre et la part de fondateur.

Il nous paraît d'autant plus difficile d'admettre la validité de cette clause que le législateur n'a ouvert la porte des assemblées générales qu'aux personnes ayant le titre d'actionnaires. La preuve en est que la loi du 24 juillet 1867 parle des « actionnaires » dans ses articles concernant le mode d'administration des sociétés par actions et qu'elle détermine l'importance du « capital » qui doit être représenté pour la validité des délibérations des assemblées. Les autres dispositions de ce texte semblent aussi impliquer que seul le titre d'actionnaire peut donner accès à l'assemblée générale, notamment celle qui permet à tout actionnaire de prendre part aux assemblées constitutives. La loi de 1893 est venue confirmer également ce point de vue lorsqu'elle a accordé la faculté de groupement aux petits actionnaires sans préjudice du droit de se faire représenter à l'assemblée générale par l'un d'entre eux.

L'intention du législateur de n'accorder le droit de gérer les affaires de la société qu'aux représentants du capital social ressort donc de façon très nette de ces diverses prescriptions.

Au surplus nous estimons que l'ordre public est intéressé à ce que la convention des parties ne puisse pas déroger aux règles d'administration des sociétés, lesquelles

reposent sur l'intérêt général des actionnaires. Or, si l'on applique ce principe au sujet qui nous occupe, force sera d'exclure des statuts toute clause tendant à reconnaître aux porteurs de parts le droit de voter dans les assemblées générales d'actionnaires.

La Doctrine est presque unanime sur ce point. C'est ainsi que M. Wahl (1) déclare : « Seuls les actionnaires
« prennent part aux assemblées. Les porteurs de parts n'y
« seront pas représentés, non plus que les obligataires.
« C'est une considération d'ordre public qui a amené la
« loi à dire que les assemblées se composent d'actionnai-
« res. Aussi ne paraît-il pas légal que les statuts y admet-
« tent d'autres personnes ».

M. Houpin n'hésite pas non plus à considérer cette règle comme impérative. Il en donne la justification suivante :
« On comprend, que le législateur ait tenu à laisser, à
« ceux qui ont constitué la société et qui, envisagés col-
« lectivement, sont les propriétaires de l'actif social, le
« soin et la responsabilité de la gestion et ne leur ait pas
« permis d'enchaîner leur libre arbitre et de faire dépen-
« dre la direction sociale de la volonté d'autres person-
« nes, créanciers ou intéressés dans les bénéfices. La
« qualité d'actionnaire est donc nécessaire pour l'admis-
« sion à l'assemblée générale où la présence d'étrangers
« contribuerait parfois à déplacer la majorité ».

La seconde objection, formulée à l'encontre du système qui valide cette stipulation, a été nettement posée par

1. Wahl, *Précis de Droit commercial*, p. 275, n° 855.

MM. Lyon-Caen et Renault (1) : « L'admission, disent-ils, « des porteurs de parts de fondateur aux assemblées « générales d'actionnaires, est rendue impossible, indé- « pendamment de toute clause, par le fait que ces parts « ne forment pas des divisions de capital ayant une valeur « nominale : on ne pourrait, par suite, décider si, en ce « qui les concerne, les conditions de quorum, exigées « pour la validité des délibérations des assemblées géné- « rales sont remplies ».

L'application de ce système se heurte donc à l'impossibilité de calculer le quorum exigé pour la validité des délibérations de l'assemblée générale.

Sans doute nous n'ignorons pas qu'un auteur, M. Rousseau, a tenté de réfuter cette objection d'ordre pratique ainsi d'ailleurs que celle tirée de la confusion de la part et de l'action, en faisant observer que « ce n'est pas à « titre de droit légal mais à titre de droit conventionnel » que le vote est attribué aux porteurs de parts.

Mais, cette explication n'est pas satisfaisante. Outre qu'elle introduit une grande part d'arbitraire dans le calcul de la majorité requise pour la régularité des opérations sociales, elle ne fait disparaître en aucune façon les difficultés pratiques qui ont été signalées plus haut. L'impossibilité d'établir le quorum subsiste entière.

Voix consultative. — L'expression « assister à l'assemblée » peut comporter un autre sens que celui « d'avoir voix délibérative ». Elle signifie également : « avoir voix consultative ». Aussi n'a-t-on pas manqué de chercher à

1. *Manuel de droit commercial*. Edition 1922, n° 252 bis, p. 218.

apprécier la valeur juridique de la clause admettant les porteurs de parts à l'assemblée générale avec voix simplement consultative !

La Doctrine est assez partagée sur ce point.

Certains auteurs (1) estimant que l'accès à l'assemblée générale même avec voix consultative constituerait un commencement d'immixtion dans les affaires de la société, qui risquerait de devenir rapidement dangereux pour les actionnaires, préfèrent se montrer rigoureux et intransigeants à leur égard et décident en conséquence de rejeter toute clause de ce genre.

D'autres (2) l'admettent au contraire. Pour eux cette clause ne contredit aucun principe de droit et en outre elle comporte des avantages pratiques incontestables. Il y a donc lieu, disent-ils, de la reconnaître et de la valider sans hésitation.

Nous croyons que l'admission des porteurs de parts à l'assemblée générale avec voix consultative, n'est pas un acte d'ingérence dans les affaires sociales et qu'en conséquence elle peut être ordonnée valablement par les statuts. De sérieux motifs militent en ce sens. D'abord ce sont des considérations d'ordre pratique qui fréquemment incitent la société à recueillir au sein de ses assemblées générales les avis éclairés et judicieux des porteurs de parts, surtout s'ils sont les fondateurs de l'entreprise.

Ensuite il est permis de faire observer qu'aucune com-

1. Houpin, n° 455. Lecouturier, n° 45. Percerou, p. 209.

2. Rousseau, n° 1242. Wahl, *Journal des Sociétés*, 1897, p. 200. Mazas, p. 116.

paraison ne peut être établie entre le droit de voter, c'est-à-dire l'acte par lequel une personne impose sa volonté dans une certaine mesure et le droit de donner un avis, c'est-à-dire le simple fait d'émettre un conseil, qui court autant le risque d'être observé que celui d'être méconnu. Cette distinction rappelée, il est donc faux de prétendre que « le vote et l'avis sont presque indissolubles » ainsi que l'affirme M. Lecouturier (1) et « qu'en « donnant et défendant leur opinion personnelle sur les « questions d'administration ou sur les intérêts sociaux, « les porteurs de parts empièteraient sur la fonction « essentielle des actionnaires ».

Pour vaincre toute hésitation sur ce point, ajoutons enfin qu'une société, peu importe sa forme, a toujours le droit d'appeler des étrangers à comparaître devant elle à seule fin de profiter de leurs connaissances spéciales ou de leur expérience des affaires.

Pourquoi refuserait-on d'appliquer cet usage aux porteurs de parts, dont les conseils sont très souvent d'une précieuse utilité pour la marche et le développement des opérations sociales?

Simple présence. — Le dernier sens du terme « assister à l'assemblée » consiste dans le fait d'être présent à l'assemblée et d'y jouer un rôle purement passif. Sur ce point il n'existe aucune difficulté. La présence des porteurs de parts à l'assemblée générale se justifie aisément : en assistant à ces réunions ils seront mieux informés de la situation générale de la société et ils pourront

1. Voir *Traité*, n° 45.

connaître plus facilement et plus rapidement les décisions susceptibles de porter atteinte à leurs droits.

Une pareille stipulation ne soulève aucune objection sérieuse. L'assemblée générale n'est pas fermée au point d'exclure toute personne n'ayant pas le titre d'actionnaire. Sans doute elle se compose des représentants du capital social, mais il n'est nullement défendu d'y admettre les porteurs de parts en qualité de simples auditeurs. On est en droit d'espérer que leur présence apportera une atténuation appréciable aux divergences d'intérêts qui les sépare fréquemment des actionnaires, et qu'elle contribuera à améliorer sensiblement les rapports d'affaires qu'ils entretiennent avec la société.

2° La seconde obligation à laquelle soient tenus les porteurs de parts bénéficiaires aux termes des statuts consiste à respecter les délibérations prises par l'assemblée générale des actionnaires : ce qui comprend en particulier les décisions relatives d'une part à l'établissement de l'inventaire et des comptes, fixation du dividende, etc..., et d'autre part celles concernant les diverses modifications qui peuvent être apportées au pacte social en cours de fonctionnement de la société.

Il a été exposé plus haut que l'administration des affaires sociales était exclusivement réservée aux actionnaires c'est-à-dire à ceux qui, par l'apport de leur mise, ont contribué à la formation du capital. Dès lors il est naturel de conclure que toutes les décisions prises par l'assemblée générale seront opposables, en principe, aux porteurs de parts auxquels il est défendu d'exercer aucun contrôle sur la direction de l'entreprise. Si nous avons

soin de nous exprimer sous une forme générale et non absolue, c'est parce que les statuts, formant la loi des parties, n'échappent pas aux règles générales d'interprétation des contrats, et notamment à celle qui prescrit l'exécution loyale des conventions reposant sur la bonne foi.

Plus loin nous aurons l'occasion de montrer les applications multiples de cette règle lorsque nous étudierons les différents conflits qui sont susceptibles d'éclater entre porteurs de parts et actionnaires. Pour l'instant, il nous suffira d'affirmer qu'en principe, les porteurs de parts ne sont pas fondés à critiquer et à demander la nullité des résolutions prises par l'assemblée générale des actionnaires, ni à s'insurger contre les modifications apportées aux statuts au cours de la vie sociale, sauf à tenir compte de certains tempéraments que nous examinerons plus loin et en l'absence desquels les droits réservés à ces titres risqueraient fort d'être amoindris et même quelquefois annihilés.

CHAPITRE VI

ÉTUDE DES DIVERS ÉVÈNEMENTS QUI ONT UNE INFLUENCE SUR L'EXERCICE DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS

Différents événements peuvent modifier l'exercice des droits des porteurs de parts de fondateur et notamment leur droit aux bénéfices sociaux. Examinons-les successivement.

I. — Augmentation du capital social.

L'expérience des affaires enseigne qu'une société a coutume de recourir à une augmentation de capital, soit lorsqu'elle est menacée à une échéance plus ou moins rapprochée d'être déclarée en faillite : auquel cas l'augmentation sera destinée à lui procurer les fonds nécessaires pour rétablir sa situation financière, soit lorsqu'elle désire simplement agrandir l'objet et l'étendue de ses opérations : dans ce cas les nouvelles ressources dont elle disposera lui permettront d'atteindre ce but.

L'éventualité d'une augmentation de capital est devenue

de nos jours si impérieuse et si pressante que les statuts n'omettent pas de régler ce point important.

Tantôt il est stipulé que la fraction de bénéfices, attribuée aux porteurs de parts de fondateur, subira une réduction dans la proportion du capital originaire par rapport au capital nouveau. Si, par exemple, le capital initial est doublé, les droits des porteurs de parts seront diminués de moitié.

Tantôt le pacte social renferme une disposition plus avantageuse pour les intéressés, en ce sens qu'elle leur permet d'échapper à la réduction proportionnelle : c'est lorsqu'il décide que la fraction des bénéfices attribués aux porteurs de parts restera toujours la même, quelles que puissent être les variations du capital social. La clause dont il s'agit est ainsi libellée : « En cas d'augmentation
« ou de réduction du capital, les droits des porteurs de
« parts de fondateur à leur portion des bénéfices ne sont
« pas modifiés; ils sont maintenus quel que soit le chiffre
« du capital social ».

Et d'ordinaire cette stipulation est complétée par la défense faite aux porteurs de s'opposer au prélèvement d'un premier dividende, simple ou cumulatif, au profit du nouveau capital, non plus qu'aux droits et avantages de toute sorte qui pourraient être attribués aux actions de priorité si leur création était décidée (1).

1. L'émission d'actions de priorité vise ici le cas où une société, dont la situation financière est obérée, est contrainte d'offrir certains avantages sur les autres actions, destinés à vaincre la méfiance des capitalistes et à attirer les souscriptions de ceux qui hésitent à faire partie d'une société ébranlée.

Les parties sont entièrement libres de régler leurs droits comme elles le désirent. La validité de pareilles clauses est donc incontestable.

Mais quelquefois les statuts peuvent ne pas prévoir l'hypothèse d'une augmentation de capital. Supposons un instant que cette éventualité se réalise. Quelle sera, dans le silence des statuts, l'influence exercée par l'accroissement du capital social sur le droit aux bénéfices des porteurs de parts? Leur pourcentage sera-t-il maintenu au taux fixé primitivement ou subira-t-il une réduction? dans quelle proportion? Autant de questions délicates, qu'il importe d'examiner et de résoudre.

En Doctrine une vive discussion existe en cette matière. Des auteurs (1) n'hésitent pas à se rallier à la règle de la réduction proportionnelle. Le raisonnement invoqué à l'appui de leur opinion est basé sur la nécessité d'établir un rapprochement entre le pourcentage des bénéfices alloués aux porteurs de parts et le montant du capital social, destiné à réaliser ces bénéfices. Autrement dit, si les statuts accordent un pourcentage déterminé des revenus sociaux aux porteurs de parts de fondateur c'est en considération du capital de la société tel qu'il existe dans son état primitif. Donc en cas d'augmentation de capital, et à défaut d'une clause expresse, il y a lieu de faire subir une réduction proportionnelle à ces bénéfices réservés (2).

1. Lecouturier, n° 406.

2. Cette théorie admet que les nouvelles ressources, dont la société disposera de cette façon, développeront le chiffre des recettes dans une proportion égale ou approximativement égale à l'importance de l'augmentation du capital.

Sans nier la valeur d'une telle augmentation, nos préférences vont à ceux qui considèrent ce pourcentage comme attribué aux fondateurs d'une façon définitive et immuable.

En effet, le système que nous combattons paraît inconciliable avec l'intention présumée des parties. Puisque les statuts, après avoir traité de l'augmentation du capital, confèrent aux porteurs de parts un droit déterminé aux bénéfices de l'entreprise jusqu'à sa dissolution, c'est qu'ils ont entendu conserver au profit de ces derniers l'intégralité de leur quote-part, même en présence d'une décision de l'assemblée générale augmentant le capital. Le silence absolu du pacte social ne peut que nous inciter à appliquer rigoureusement les clauses qu'il renferme et à repousser notamment toute réduction quelconque du pourcentage réservé aux porteurs qui ne serait pas expressément stipulée.

A ce principal grief, nous en formulerons un autre, tiré de l'impossibilité de donner un fondement solide à la règle de la réduction proportionnelle. L'équité, dira-t-on. A notre avis, elle est impuissante à justifier pleinement une semblable solution et, en l'adoptant sans réserve, on risque fort de verser dans l'arbitraire. Aussi est-il préférable pour résoudre ce problème de s'en tenir à l'interprétation rigoureuse des statuts.

II. — Réduction du capital social.

De nombreuses raisons peuvent amener une société à réduire son capital. Tantôt c'est une suite d'exercices

annuels déficitaires dus à une crise générale du commerce ou de l'industrie, tantôt c'est une dépréciation de l'actif social (inutilisation imprévue, usure anormale, destruction partielle ou totale du matériel, etc. .), provoquée par des causes multiples et souvent indépendantes de la volonté des associés, notamment en cas de fluctuation des changes. En outre, et c'est là une hypothèse assez rare en fait, si le capital est trop élevé par rapport à l'importance des affaires sociales, une réduction paraît être le meilleur moyen pour la société d'alléger le poids des charges qui pèsent sur elles. Enfin, lorsqu'il s'agit de se procurer de nouvelles ressources à la suite d'un début difficile, le besoin se fera sentir, avant de procéder à une émission d'actions nouvelles, de mettre le capital en harmonie avec la valeur réelle du fonds social qui en est la contre-partie. Grâce à une réduction du capital, cette sorte de réajustement s'effectuera sans difficulté.

Quelle influence exercera cette modification sur les droits des porteurs de parts? Il n'est pas difficile d'apercevoir de suite que la répartition des bénéfices sera profondément modifiée et que les attributaires de parts seront avantagés au détriment des actionnaires. Pour cela il suffit de considérer que toute fraction de bénéfices, alloués à une catégorie d'intéressés, est d'autant plus importante et profitable que les prélèvements antérieurs effectués au profit d'autres personnes sont plus faibles et plus réduits.

En effet, par suite de la réduction du capital social, les actionnaires seront privés d'une partie de l'intérêt auquel ils pouvaient prétendre d'après les statuts et en outre, ce qui aggrave encore le préjudice qu'ils subissent, l'amor-

tissement de leurs titres se calculera sur le capital réduit et non sur le capital originaire. Le montant des apports, qu'ils ont fait à la société au moment de sa constitution, ne leur sera donc pas intégralement remboursé. Et quels sont ceux qui profiteront de cette modification? Entre autres, les porteurs de parts qui ont un avantage manifeste à ce que l'intérêt dû aux actionnaires nécessite une somme moins élevée (1).

Aussi, pour mettre fin à cette injustice et dans le but de rétablir l'équilibre entre les deux groupes d'intéressés, les statuts décident de conserver les avantages primitifs accordés aux actionnaires en stipulant que le premier dividende à servir annuellement aux actions et le capital affecté à leur amortissement devront être calculés sur le capital social primitif, indépendamment du mode employé pour réaliser la réduction du capital (abaissement du taux nominal ou diminution du nombre des actions anciennes). L'utilité de cette clause est évidente; grâce à elle la divergence d'intérêt entre les porteurs de parts et actionnaires disparaîtra et aucune atteinte ne sera portée aux droits essentiels de chaque catégorie d'intéressés.

III. — Conversion des parts de fondateur en actions.

a) CONVERSION DES PARTS EN ACTIONS DE JOUISSANCE

Souvent les fondateurs de sociétés ont soin d'insérer dans les statuts une clause d'après laquelle les parts bénéficiaires

1. Il en est de même pour l'amortissement du capital-actions.

seront susceptibles d'être converties en actions de jouissance après l'amortissement intégral du capital-actions, opéré à l'aide de prélèvements effectués sur les bénéfices sociaux. Quelquefois même, faisant preuve d'une certaine hardiesse, ils ajoutent que ces titres conféreront à leurs propriétaires les mêmes droits et avantages que ceux attribués en représentation des actions de capital.

Quelle est la valeur juridique de cette clause ? Convient-il de la valider ou au contraire doit-on refuser de la reconnaître ?

Le raisonnement invoqué pour la légitimer paraît, nous l'avouons, assez séduisant, et il mériterait de retenir notre attention s'il ne présentait pas un grave défaut, que nous signalerons plus loin. Voici l'argument : lorsque le législateur de 1867 a fixé les règles concernant la composition des assemblées d'actionnaires et déterminé les conditions auxquelles serait subordonnée la validité de leurs délibérations, il a songé uniquement, ainsi que nous l'avons dit précédemment, à la représentation du capital social. Or quelle est la conséquence principale résultant de l'amortissement des actions de capital ? Elle consiste à supprimer toute différence entre l'action de jouissance et la part de fondateur, qui désormais toutes deux ne confèrent à leurs porteurs qu'un droit au partage des bénéfices sociaux. Pendant le temps qui reste à courir, cet avantage sera le seul dont jouiront les deux catégories d'intéressés et, à la dissolution de la société, l'actif représentant la masse des bénéfices disponibles sera réparti entre les actionnaires et les porteurs de parts après extinction complète des dettes sociales. Dès lors, n'est-il pas logique, vu cette ressem-

blance frappante, d'ouvrir aux attributaires de parts la porte de l'assemblée générale et de leur donner, comme aux porteurs d'actions de jouissance, l'autorisation de participer à l'administration des affaires sociales ! -

Nous avons dit que ce raisonnement avait un grave défaut : c'est celui d'assimiler la part bénéficiaire à l'action. C'est en vain qu'on tenterait d'éluder cette objection en invoquant le principe de la liberté des conventions. Bien que cette règle ait une portée générale, elle souffre cependant des restrictions commandées par l'intérêt général et comporte des limites qu'on ne saurait franchir impunément. Les parties peuvent sans aucun doute régler leurs intérêts et fixer leurs rapports suivant leurs conventions réciproques, mais il nous paraît impossible et, d'ailleurs contraire à l'intérêt commun, qu'elles en fassent usage notamment pour porter atteinte aux attributs essentiels des parts de fondateur et des actions.

Cette idée capitale a été exprimée par un auteur dans les termes suivants :

« Le caractère des parts de fondateur ne dépend pas
« de la convention des parties, mais des principes généraux du contrat de société. Il ne peut appartenir ni aux
« fondateurs de la société ni à l'assemblée générale d'actionnaires de leur attribuer le caractère d'actions et de
« leur conférer des droits qui ne peuvent appartenir
« qu'aux actionnaires, c'est-à-dire à ceux qui ont formé le
« capital social » (*Journal des Sociétés*, 1900, p. 147).

Nous estimons que, malgré la ressemblance des deux titres, l'action de jouissance qui est une action dont le capital nominal a été amorti, subsiste avec ses caractères

propres. Elle ne cesse pas pour cela de conférer à celui qui la détient la qualité d'associé avec les droits afférents à ce titre.

En conséquence, elle représente donc une quote-part du capital social et comme l'action ordinaire elle permet à son titulaire d'assister à l'assemblée générale.

Au contraire, la part de fondateur, en raison même de sa nature juridique, ne concède qu'un avantage essentiel, consistant dans un droit à une fraction de bénéfices et, pas plus qu'une créance ordinaire, elle ne saurait faire partie du capital social, ni permettre à celui qui la possède de prendre place dans les assemblées d'actionnaires.

Au surplus, nous ajouterons que l'adoption de la clause de conversion avec toutes ses conséquences se heurterait de suite à l'impossibilité, précédemment signalée, de fixer le quorum exigé pour la validité des décisions prises par l'assemblée générale, puisque ces titres, suivant l'expression de MM. Lyon-Caen et Renault, « ne forment pas des divisions du capital ayant une valeur nominale ».

Ainsi ces diverses considérations nous invitent à faire les plus expresses réserves sur la validité d'une semblable stipulation, dont le principal effet est d'aboutir à une confusion regrettable entre la part de fondateur et l'action.

b) CONVERSION DES PARTS EN ACTIONS DE CAPITAL

On peut également concevoir qu'une clause spéciale autorise la conversion des parts bénéficiaires en actions

de capital entièrement libérées. Elle constitue alors un excellent moyen employé dans la pratique pour racheter les parts sous une forme déguisée. L'opération dont il s'agit se réalisera comme il suit : les porteurs de parts de fondateur feront à la société l'apport de leurs titres et en échange ils recevront des actions créées à la suite d'une augmentation de capital.

Là encore, une ingénieuse théorie (1) a tenté de justifier la parfaite régularité de la clause de conversion des parts en actions de capital. Elle fait valoir les arguments suivants :

1° En droit aucune raison ne met obstacle ni à l'apport de parts de fondateur à la société ni à la rémunération de cet apport sous forme d'actions de capital complètement libérées, surtout lorsqu'il existe un intérêt sérieux à réaliser le rachat des parts qui, ne l'oublions pas, constitue fréquemment une gêne considérable pour l'entreprise. En effet il est admis couramment qu'un apport peut consister par exemple dans l'extinction d'un droit. « Pourquoi, » dit-on, ne pas admettre la même solution lorsque les « porteurs consentent à renoncer à leurs droits moyennant la remise d'actions libérées ».

2° Les créanciers sociaux ne sont nullement fondés à critiquer cette clause. En effet, si leurs droits sont nés avant la conversion, aucune atteinte ne sera portée au droit de gage qu'ils possèdent, et leurs garanties subsisteront intactes. Si à l'inverse ils ont contracté avec la société postérieurement à cette opération, ils seront mal venus à

1. Rousseau, *Traité des Sociétés*, n° 1305.

se plaindre puisque les formalités de publicité qui accompagnent la conversion, leur ont permis de connaître et d'apprécier à leur juste valeur les divers éléments composant l'actif social.

Bien qu'une pareille combinaison soit souvent prévue est autorisée par les statuts de sociétés importantes, il nous paraît très difficile de l'accepter.

Le premier argument, sur lequel M. Rousseau s'appuie, serait peut-être exact si l'on était d'accord pour admettre que la part de fondateur peut faire l'objet d'un apport social et que la rémunération à laquelle elle donne lieu ne risque pas d'introduire un élément fictif dans les bilans et inventaires de la société. Or précisément cette question a provoqué une vive controverse chez les auteurs lorsqu'ils ont cherché à fixer les limites de la notion d'apport. En ce qui nous concerne, nous pensons que l'apport en nature consiste généralement en un bien de nature mobilière ou immobilière. Nous avons soin de dire : généralement, car il pourrait être aussi représenté par un droit incorporel, par exemple une créance ordinaire, à la seule condition d'être susceptible d'évaluation pécuniaire.

Mais il ne nous semble pas possible d'étendre davantage le champ d'application de l'apport en nature et notamment de considérer comme tel un droit éventuel à des bénéfices, c'est-à-dire un droit qui par définition est subordonné à la réalisation de revenus. En d'autres termes la part de fondateur a un caractère trop aléatoire et trop incertain pour faire, nous semble-t-il, l'objet d'un apport en nature.

Cette observation explique aussi pourquoi il est impru-

dent de mentionner l'apport de parts au poste « actif » d'un bilan social. Par suite de leur valeur essentiellement variable on risque fort de fausser les comptes de la société en y introduisant un élément fictif et ne correspondant pas d'une façon précise au montant du capital nouveau. Suivant l'expression de M. Houpin, les actions spécialement créées pour réaliser cette conversion « constitue-
« raient immédiatement la société en déficit d'une somme
« égale à leur capital et seraient sans cause juridique ».

Un tel résultat peut être combattu, répondra-t-on, par la création au bilan d'un compte spécial, auquel sera portée la valeur des parts de fondateur converties et qui disparaîtra plus tard par l'effet d'une réduction du capital social destiné à mettre ce capital en harmonie avec la réalité des faits. A notre avis, ce remède est trop compliqué pour recevoir une application pratique et, en tout cas, il ne peut empêcher, si la société ne réalise plus de bénéfices, de rendre nulle l'augmentation de capital comme ne remplissant pas les conditions requises par la loi de 1867. En effet l'on sait que, d'après une Jurisprudence constante, les règles relatives à l'émission du capital primitif doivent être étendues au cas d'une augmentation du capital social : ce qui implique la souscription intégrale du capital nouveau, le versement de la totalité ou du quart de l'action suivant le montant nominal des actions, etc... Or comment sera-t-il possible d'observer ici ces diverses prescriptions légales puisque les porteurs de parts apportent à la société un titre n'ayant pas de valeur nominale et de caractère incertain.

Le second argument, invoqué à l'appui de la théorie

que nous critiquons, présente à son tour un grave inconvénient pour les créanciers sociaux dont les droits ont pris naissance après la conversion des parts en actions.

La publicité faite en raison de l'augmentation de capital est susceptible de les tromper sur la consistance de l'actif qui constitue leur gage et dont une partie sera alors représentée par des éléments fictifs et majorés.

Pour ces diverses raisons nous estimons qu'il n'y a pas lieu de considérer comme valable cette clause de conversion (1).

IV. — Rachat des parts de fondateur.

La conversion des parts de fondateur en actions ne représente pas le seul moyen mis à la disposition d'une société désireuse de supprimer ces titres, dont l'existence peut être pour elle une source de multiples et perpétuelles difficultés. Il en existe un autre, plus usité, et tendant au même but. C'est le rachat.

La pratique permet de justifier pleinement l'utilité et l'importance de ce procédé. En effet, et sans commettre d'exagération, pour bien comprendre l'entrave sérieuse apportée à la société par l'existence des parts bénéficiaires, il suffit de rappeler que la plupart des modifications qu'il est nécessaire d'introduire au pacte social en cours d'existence, et qui quelquefois sont une question de vie ou de mort pour l'entreprise, sont rendues en général

1. Cependant la nouvelle proposition de loi prévoit la conversion des parts en actions à condition qu'elle ne soit ordonnée que deux ans après leur création.

sinon impossibles tout au moins très difficiles à réaliser par suite de l'obligation où sont les actionnaires de respecter dans leur intégralité les droits et attributs concédés aux porteurs de parts. Durant ces dernières années, le conflit d'intérêts entre les deux groupes s'est révélé d'une façon caractéristique en cas d'augmentation du capital. Ainsi des sociétés, ayant peut-être commis l'imprudence de réserver dans leurs statuts des avantages exagérés aux porteurs de parts, n'ont pu arriver, en dépit de multiples démarches, à se procurer les nouvelles ressources nécessaires à la continuation de leurs opérations et de ce fait ont été contraintes de se dissoudre.

En présence d'un tel résultat, il était naturel que la pratique cherchât un remède efficace : elle l'a trouvé en imposant aux intéressés le rachat de leurs titres grâce à la création d'un fonds spécial, destiné à réaliser cette opération. C'était là sans doute le meilleur moyen de mettre un terme aux véhémentes protestations que les porteurs de parts ne manquaient jamais d'élever lorsque l'assemblée générale prenait des décisions de nature à porter atteinte à leurs droits.

D'ordinaire le rachat et la constitution du fonds nécessaire à sa réalisation sont autorisés expressément par le pacte social et mentionnés sur les titres. C'est l'assemblée générale des actionnaires qui a le pouvoir d'ordonner cette mesure soit à toute époque soit à l'expiration d'un certain nombre d'années, en totalité ou en partie.

L'approbation d'une assemblée des porteurs de parts bénéficiaires, convoqués par un avis du Conseil d'administration, est souvent exigée à titre de garantie.

Les conditions du rachat varient beaucoup. Le moyen le plus simple, mais le moins équitable, consiste à fixer le prix du rachat (par exemple 300 fr. par titre). D'autres fois on indique les éléments qui serviront de base au calcul du prix : ainsi, 10 ou 15 fois le dividende moyen qui aura été distribué aux parts pendant les 3 ou 5 derniers exercices, auquel il est ajouté assez souvent la fraction revenant à chaque titre dans les réserves extraordinaires constatées par le dernier bilan.

Et, pour le cas où aucune répartition de bénéfices n'aurait eu lieu depuis plusieurs années, il est souvent stipulé que le prix de rachat ne pourra être inférieur à un taux minimum (ex. : 250 ou 300 fr. par titre). Cependant, quelques contrats de société préfèrent dans ce cas ajourner l'opération jusqu'au paiement d'un dividende.

Quand il est procédé à un rachat partiel, on ne manque pas de convenir que la portion des bénéfices afférents aux parts rachetées reviendra exclusivement aux actionnaires. Cette clause est d'une rigoureuse équité si l'on songe que les prélèvements, destinés à l'annulation de ces titres, s'effectuent sur les bénéfices réservés aux actionnaires. Enfin, pour éviter toute discussion entre porteurs, les statuts ont soin de fixer le mode de désignation des parts rachetables (par tirage au sort) et d'ordonner la publication des numéros désignés dans un journal d'annonces légales du siège social.

A l'aide de quelles sommes le rachat sera-t-il réalisé ?

Le plus souvent des réserves spéciales sont constituées grâce à des prélèvements opérés sur la fraction de bénéfices allouée aux actionnaires.

Quelquefois le rachat s'effectue à l'aide de fonds pris sur le capital social, mais à charge d'observer les formalités de publicité requises en cas de réduction de capital, puisque telle est la conséquence de ce procédé (1). Enfin ces deux sortes de prélèvements, sur les bénéfices et le capital social, se rencontrent aussi dans quelques statuts de société, bien qu'un auteur (2) ait critiqué ce mode de rachat, en faisant valoir que le capital doit servir exclusivement à la réalisation des opérations sociales.

En étudiant plus haut la validité de la clause autorisant la conversion des parts de fondateur en actions libérées, nous avons fait observer qu'elle aboutissait en réalité à un véritable rachat de ces titres sous une forme déguisée. Bien que nous ayons émis de sérieux doutes sur la régularité d'une semblable opération, ne convient-il pas d'apporter un tempérament à notre opinion dans le cas où le rachat des parts serait prévu par les statuts et accompagné d'une augmentation de capital ?

L'opération, à laquelle nous faisons allusion, se décompose en deux phases : d'abord le rachat proprement dit des titres moyennant un prix fixé à l'avance, entraînant par voie de conséquence l'annulation des avantages qu'ils comportent et la réduction du capital, si ce dernier a été employé à réaliser la mesure dont il s'agit ; puis l'aug-

1. En effet, la fraction de capital affectée au rachat des parts, qui est inscrite au passif du bilan ne sera pas compensée à l'actif par un bien de même valeur puisque ces titres ont un caractère incertain. On évite cet inconvénient en ayant recours à une réduction de capital.

2. Maria. *Des modifications du capital social*, p. 243 et s.

mentation de capital sous la forme d'émission d'actions nouvelles, attribuées aux anciens porteurs dans la proportion des titres rachetés, souscrites et libérées par voie de compensation avec les sommes d'argent dont la société est redevable en raison du rachat de leurs titres.

A notre avis ce tempérament peut être admis.

Lorsque les deux phases de l'opération, rachat des parts et augmentation du capital, sont liées de la sorte, il n'existe aucune raison pour interdire l'affectation du prix de rachat à la souscription de nouvelles actions et à leur libération par la voie que nous venons de rappeler. La loi du 1^{er} avril 1893, qui a prescrit les versements en espèces lors de la constitution de la société, ne pourrait pas être invoquée ici car le paiement sous forme de compensation est reconnu équivalent à un paiement numéraire dans le cas d'une augmentation de capital.

En outre, et à la différence de ce qui se produit dans l'opération de la conversion des parts en actions, aucun élément fictif ou majoré ne risque de fausser les comptes sociaux, puisque la réduction du capital est concomitante à l'annulation des titres. Il est donc faux de prétendre qu'à ce moment l'estimation du capital social n'est plus en harmonie avec la réalité des faits. Aussi nous semble-t-il permis d'apporter ce tempérament à l'avis que nous avons précédemment formulé !

Il est à peine utile d'ajouter que si le rachat s'effectue à l'aide d'un fonds spécial constitué par des bénéfices mis en réserve, le capital social ne subira aucune diminution. Dès lors si plus tard la société fait appel à de nouvelles ressources financières, son patrimoine sera réellement

enrichi d'une somme équivalente au capital nouveau.

Nous venons de voir que le rachat des parts bénéficiaires ne présentait aucune difficulté lorsque les statuts non contents de l'autoriser, prévoyaient encore au moyen de quels fonds il s'effectuerait. Mais quelquefois, soit parce que les fondateurs ont omis de fixer ce point important, soit parce qu'ils ont préféré laisser à l'assemblée générale des actionnaires le soin de régler la question suivant les circonstances, le pacte social autorise seulement le rachat des parts sans créer en même temps la constitution des réserves spéciales destinées à le réaliser. Comment alors l'opération, ordonnée par les statuts, s'effectuera-t-elle ? Fera-t-on appel à des prélèvements opérés sur les bénéfices ou sur le capital de la société ? Pour nous le prélèvement est possible et régulier lorsqu'il porte sur les bénéfices sociaux. Comme le dit avec raison M. Houpin (1) il a une cause légitime « puisqu'il permet « de réaliser rationnellement une opération prévue par « les statuts ». Et les actionnaires seraient mal fondés à se plaindre de l'affectation d'une partie des bénéfices à la réalisation de cette mesure. N'ont-ils pas, en effet, lors de leur entrée dans la société, donné leur adhésion pleine et entière aux statuts qui précisément autorisaient le rachat des parts ? N'ont-ils pas été avertis que l'assemblée générale pouvait, si elle le jugeait utile, procéder à l'annulation de ce droit aux bénéfices sociaux. Dès lors, la société, en le supprimant à l'aide d'un prélèvement sur l'ensemble des bénéfices réalisés, fait preuve, nous semble-t-il,

1. *Traité des Sociétés*, t. I, n° 452.

d'une logique qui ne saurait ni surprendre, ni mécontenter les actionnaires.

Reste à savoir maintenant s'il est permis, à défaut de bénéfices disponibles et suffisants, de recourir à un prélèvement sur le capital social ?

Cette question paraît comporter une réponse identique à la précédente. Contrairement à la thèse soutenue par un auteur (1), nous estimons que le rachat peut être opéré à l'aide de fonds faisant partie du capital social.

Pour acquérir cette conviction, il suffit de remarquer qu'en prévoyant dans les statuts la suppression des parts de fondateur, les parties ont du même coup manifesté l'intention de considérer l'opération dont il s'agit comme rentrant dans le cadre de celles que la société se propose de réaliser.

C'est à l'assemblée des actionnaires qu'il appartient suivant les circonstances, la situation générale de l'entreprise, etc..., de prendre sur ce point la décision qui apparaîtra la plus opportune et la plus favorable. En conséquence s'il apparaît que le seul moyen pratique d'atteindre ce but consiste à utiliser des fonds provenant du capital social, il y aura lieu à notre avis de recourir sans hésitation à un tel procédé.

V. — Prorogation de la société.

Il arrive fréquemment qu'une entreprise, après avoir fixé sa durée à un certain nombre d'années, éprouve le

1. Lecouturier. *Traité des Sociétés*, n° 72, p. 457.

besoin de continuer son exploitation et de poursuivre les opérations se rattachant directement ou indirectement à son objet. Le procédé le plus simple qui s'offre à elle est de proroger la durée de son existence.

Déjà depuis quelque temps une pareille éventualité posait une question assez délicate à l'égard des porteurs de parts. Leurs droits prenaient-ils fin avec la société elle-même ou se continuaient-ils pour un laps de temps égal à la période de prorogation ? En l'absence d'une stipulation formelle, deux opinions, diamétralement opposées, revendiquaient l'honneur de résoudre ce problème. D'après la première les attributaires de parts ne devaient pas profiter de la prorogation par suite de la volonté présumée des parties dont la principale préoccupation a été de fixer à un certain nombre d'années la durée des prérogatives attachées aux parts de fondateur. M. Arthuys (1) se prononçait dans ce sens : « Nous croyons, dit-il, que « cette extension de la clause est contraire à la volonté « probable des actionnaires qui ont songé à la durée fixée « par le contrat primitif ». Ainsi l'interprétation littérale devait prévaloir lorsqu'il s'agissait de préciser l'influence exercée par la prorogation de la société sur les droits de porteurs de parts.

Au contraire, d'après la seconde, l'affirmative l'emportait parce qu'en principe il est naturel de penser que les avantages réservés à ces titres ont dû être attribués à leurs bénéficiaires pour toute la durée de la société, sa durée fut-elle prorogée. A un autre point de vue il était équita-

1. *Traité des Sociétés*, n° 653.

ble, disait-on, d'étendre les droits des porteurs de parts même au delà des limites qui ont pu être envisagées primitivement : le profit qu'ils en tiraient était une équitable compensation « au risque attaché à l'éventualité d'une « dissolution anticipée » suivant l'expression de M. Houpin (1).

Nous n'insisterons pas sur la controverse que nous venons de rappeler brièvement car de nos jours elle a perdu beaucoup de son intérêt par suite de la précision avec laquelle les statuts règlent la durée des droits des porteurs. Il est devenu d'un usage courant de stipuler que ces droits seront maintenus intacts pendant toute l'existence de la société : ce qui supprime toute difficulté. Néanmoins, s'il arrivait que le contrat de société fut silencieux sur ce point, il ne faudrait pas, nous semble-t-il, hésiter à permettre aux porteurs d'exercer les prérogatives attachées à leurs titres même pendant la période de prorogation.

Un arrêt assez ancien (2), rendu par la Cour d'appel de Paris, le 8 juillet 1886, est généralement invoqué par les partisans de la première opinion. Il décide que les avantages accordés en vertu de stipulations spéciales pour la durée d'une société ne peuvent être revendiqués par les bénéficiaires que pour le laps de temps indiqué aux statuts et non pour les périodes ultérieures de prorogation.

Nous sommes d'avis que la décision judiciaire dont on fait état ne constitue pas un arrêt de principe et qu'elle

1. *Traité des Sociétés*, n° 447.

2. *Journal des Sociétés*, 1887, p. 269.

s'explique plutôt par les circonstances de la cause. Motivée par une difficulté qui éclata entre les actionnaires du *Figaro* et les héritiers du gérant de la société, à propos de l'attribution d'un droit aux bénéfices nets au profit de ces derniers pendant toute la durée de l'entreprise, elle semble avoir été inspirée par la préoccupation de limiter, si possible, les avantages alloués aux héritiers du gérant dont l'importance apparut excessive aux yeux des magistrats. En voici la preuve : « Considérant d'autre part qu'il
« est difficile d'admettre que les avantages fort importants
« déjà qui avaient été concédés aux héritiers de M. Ville-
« messant par les statuts du 1^{er} avril 1876, aient lors des
« modifications introduites dans lesdits statuts, le 3 mai
« 1879, reçu l'accroissement énorme dont se prévalent les
« appelants, sans qu'il en ait été fait quelque mention
« spéciale dans la délibération de l'assemblée générale
« par laquelle il aurait été accepté et voté

« Que ce silence autorise à penser que les modifica-
« tions apportées à l'art. 8 ont été considérées par tous
« comme dépourvus d'importance, le bénéfice net de 6 0/0
« accordé pendant les 10 ou 11 années que devait durer
« la société en dehors de toute prorogation ne différant
« pas sensiblement des 10 0/0 précédemment accordés
« pour 5 ans seulement et ne constituant pas pour la
« société une aggravation de charges dont il fut néces-
« saire de se préoccuper ».

La solution inverse, adoptée par le Tribunal de Commerce de la Seine (1), nous paraît plus exacte et plus juri-

1. Aff. Daube, Cherson et autres contre Société Franco-Belge pour la construction de machines et matériel de chemins de fer. Tr. Com. Seine, 28 octobre 1912. *Journal des Sociétés*, 1913, p. 443.

dique. Une société qui proroge son existence n'est pas une société nouvelle, distincte de l'ancienne : elle n'est que la continuation de celle dont la durée primitive a pris fin. C'est la conséquence d'un principe, admis sans difficulté, lorsque la prorogation, intervenant avant l'expiration du terme, ne comporte pas d'élément nouveau et n'est suivie d'aucune modification statutaire considérée comme essentielle.

Il faut donc conclure que les porteurs de parts sont fondées à jouir intégralement des avantages statutaires qui leur sont accordés pendant la période de prorogation.

VI. — Dissolution de la société. Fusion. Transformation.

Il existe enfin un dernier événement qui peut avoir une influence très importante sur l'exercice des droits des porteurs de parts : c'est la dissolution anticipée.

En effet, si la société vient à prendre fin avant l'expiration du terme convenu, les attributaires de parts seront dans l'impossibilité de profiter des avantages que les statuts leur réservent et notamment de jouir de leur participation aux bénéfices. Le résultat se justifie logiquement. Puisqu'en cas de prorogation les droits des porteurs sont maintenus pendant la durée réelle de l'entreprise, c'est tout au moins l'avis le plus répandu, il n'est pas surprenant qu'en retour, sa mort, c'est-à-dire sa dissolution, mette un terme à l'exercice de leurs droits.

Le risque que courent les porteurs d'être dépouillés notamment de leur quote-part de bénéfices laisse facile-

ment entrevoir les innombrables difficultés qui surgiront dans l'hypothèse d'une dissolution anticipée comme du reste dans celle d'une fusion ou d'une transformation. Aussi, afin de supprimer dans la mesure du possible toute cause de conflits avec les actionnaires, une clause d'usage décide-t-elle que ces diverses modifications sont opposables aux porteurs de parts. Bien que ceux-ci soient obligés de les respecter, nous examinerons plus loin s'il ne convient pas d'admettre certains cas où les mesures dont il s'agit seraient susceptibles de soulever à bon droit les critiques de ceux qui en souffrent et de donner lieu notamment à l'ouverture d'une action en dommages-intérêts en raison du préjudice qu'elles peuvent occasionner.

CHAPITRE VII

ÉTUDE DES CONFLITS ENTRE PORTEURS DE PARTS ET ACTIONNAIRES

Nous avons montré précédemment que d'après un usage courant il était interdit aux porteurs de parts de participer aux assemblées générales d'actionnaires, malgré l'intérêt évident qu'ils auraient à y pénétrer. Bien qu'appelés à recueillir une partie des bénéfices sociaux, il serait naturel qu'ils puissent donner tout au moins leur avis lorsque l'assemblée générale agite une question d'intérêt commun. Or les porteurs de parts, en adhérant aux statuts, se sont engagés non seulement à ne pas s'immiscer dans les affaires sociales mais encore à respecter les délibérations régulièrement prises par les actionnaires. N'est-on pas fondé à croire qu'ils ont contracté des engagements particulièrement onéreux et préjudiciables à leurs droits, surtout si l'on songe aux pouvoirs considérables des assemblées générales d'actionnaires, auxquelles incombe le soin d'établir les comptes, déterminer les amortissements, fixer les prélèvements nécessaires à la création de fonds de prévoyance ou de réserves spéciales, etc... Ce sont là, autant

de facteurs qui ont leur répercussion sur le montant des bénéfices « distribuables » et par voie de conséquence sur la quote-part de bénéfices revenant aux porteurs de parts bénéficiaires.

Dans ces conditions il n'est pas difficile de comprendre que leur situation est quelque peu fragile et que parfois leurs droits risquent d'être sinon annihilés, du moins sensiblement amoindris en raison des abus de pouvoirs ou des décisions arbitraires de l'assemblée générale.

Ce résultat fâcheux serait sans aucun doute atteint si l'on appliquait avec rigueur les clauses de style des statuts. Mais dans ce sujet plus que dans tout autre, on peut réussir à l'éviter en soumettant le contrat de société, générateur de droits et obligations, à une exécution loyale et conforme à la bonne foi.

De cette règle essentielle découlent les conséquences suivantes :

1° la société doit s'abstenir de commettre des actes abusifs ou frauduleux envers les porteurs de parts. Ainsi, elle manquerait gravement à cette obligation si l'établissement des comptes et la fixation des bénéfices distribuables, au lieu d'être faits en toute sincérité, révélaient l'intention bien arrêtée des actionnaires de porter préjudice aux porteurs ;

2° la société ne doit prendre aucune mesure portant atteinte aux droits statutaires des attributaires de parts, sauf, ajoute la Jurisprudence, en cas de nécessité commandée par l'intérêt général. Par suite si l'assemblée des actionnaires vote par exemple la dissolution anticipée de l'entreprise dans le but de mettre fin aux droits des por-

teurs et sans qu'une telle décision repose sur des motifs légitimes ou impérieux, les intéressés seront fondés à la critiquer en justice. Comme il est aisé de le deviner, ce sont les modifications apportées aux statuts qui ont donné naissance aux nombreux conflits ayant éclaté entre actionnaires et porteurs de parts. Avant de les examiner, nous allons d'abord, en raison du rôle capital joué en cette matière par la Jurisprudence, exposer brièvement les règles essentielles auxquelles les tribunaux obéissent lorsqu'il s'agit pour eux de départager les deux groupes d'intéressés. Nous insisterons quelque peu sur celles qui ont été consacrées par la Cour de cassation.

Elles peuvent s'expliquer de la façon suivante :

Dans les sociétés par actions dont les statuts ont créé des parts bénéficiaires il existe entre les attributaires de ces titres et les actionnaires un lien contractuel, qui fait la loi des parties, à un point tel que les assemblées générales, de quelques pouvoirs qu'elles soient investies pour la gestion des affaires sociales, ne peuvent sans le consentement des intéressés y faire rentrer aucune combinaison allant à l'encontre des droits des porteurs, à moins que les mesures adoptées ne soient imposées par des raisons impérieuses dont il appartient aux magistrats d'apprécier la gravité (1) et qu'elles aient été adoptées dans la limite des pouvoirs des dites assemblées.

Ce système a été consacré définitivement par un arrêt de la Cour Suprême en date du 8 décembre 1902 (2),

1. C. de cass. 29 mars 1909, *Journal des Sociétés*, 1909, p. 342. Besançon, 4 février 1914, *Journal des Sociétés*, 1914, p. 447.

2. C. de cass. 8 décembre 1902. S. 1904. I. 449 et D. 1903. I. 43.

rendu à propos d'un litige où s'agissait la question de savoir si les porteurs sont fondés à protester contre une délibération de l'assemblée générale comportant création d'un fonds spécial destiné à racheter leurs titres, lorsqu'une clause des statuts permet, en cas d'utilité, de constituer des réserves spéciales et d'y affecter les bénéfices sans limitation.

Il a été adopté aussi par les Tribunaux de Commerce (1), notamment celui de Marseille, à propos d'une délibération ordonnant la dissolution anticipée d'une société pour des raisons légitimes et suffisamment justifiées. Tout récemment le même Tribunal (2), appelé à statuer sur une question d'échange de parts contre des actions, a confirmé une fois de plus le système admis par la Cour de cassation. Et la Cour d'Aix (3) vient de rendre un arrêt adoptant purement et simplement le dispositif du jugement précité.

Ainsi, par suite de l'existence de ce lien contractuel, la société s'engage, en échange de ce qu'elle a reçu des porteurs de parts de fondateur, à leur accorder une participation aux bénéfices, qui durera jusqu'à sa dissolution et dont le quantum est fixé d'un commun accord par les statuts. Comme toute obligation ordinaire, cet engagement doit être exécuté suivant le droit commun, c'est-à-dire d'après les principes du Droit civil. Des diverses conséquences tirées de cette règle, nous signalerons l'une

1. Marseille, 4 août 1905, *Journal des Sociétés*, 1907, p. 455.

2. Marseille, 13 janvier 1921, *Gazette du Palais*, Août-Septembre 1921, p. 183.

3. Aix, 16 janvier 1922, *Revue des Sociétés*, juillet 1922, p. 372.

des plus importantes (1). On sait que d'après les art. 1142 et 1148 du Code civil, le débiteur en cas de défaillance de sa part, est passible de dommages-intérêts, sauf dans l'hypothèse d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit. Par application de ces principes, si par exemple la dissolution anticipée de la société est imposée par des motifs impérieux et dans l'intérêt bien compris de tous, actionnaires et porteurs de parts, ces derniers, bien que lésés, seront mal fondés à se plaindre de la résolution votée par l'assemblée générale, parce que les motifs impérieux constituent ici une sorte de force majeure. Tout au contraire, la solution opposée l'emportera s'il est prouvé que les mesures prises par l'assemblée des actionnaires, loin d'être commandées par les circonstances, révèlent chez ceux dont elles émanent, l'intention bien arrêtée de léser les attributaires de parts soit en diminuant, soit même en supprimant leurs droits. Il est alors manifeste que la société manque gravement à l'un des engagements qu'elle a souscrits. Force lui sera de réparer le préjudice dont elle est l'auteur.

Et le même raisonnement peut s'appliquer à d'autres hypothèses que celle d'une dissolution anticipée : notamment, en cas de création d'actions de priorité, dont le principal effet est de restreindre les avantages réservés aux actions ordinaires et aux parts de fondateur, en cas de réduction de la fraction de bénéfices allouée aux porteurs de parts et d'une façon générale chaque fois qu'une déci-

1. Lecouturier, *Traité des Parts de Fondateur*, n° 69.

sion prise par l'assemblée générale est de nature à léser ceux qui ont une participation aux bénéfices.

Examinons l'une après l'autre les différentes modifications qu'une société au cours de son existence peut être amenée à apporter aux statuts qui la régissent. Pour en faciliter l'étude, nous les classerons dans l'une ou l'autre des deux catégories qui suivent, selon qu'elles atteignent seulement par voie de répercussion les droits des porteurs ou qu'au contraire elles leur portent une atteinte directe.

A. — PREMIER GROUPE

Modifications atteignant indirectement les porteurs de parts de fondateur.

Lorsqu'une modification est apportée au pacte social et que considérée en elle-même elle ne porte pas une atteinte directe aux droits et avantages des porteurs de parts de fondateur, elle est opposable aux attributaires de ces titres, à condition toutefois qu'il s'agisse d'une décision régulièrement prise par l'assemblée des actionnaires agissant dans la limite de ses pouvoirs. Tout de suite une question se pose ici depuis les lois des 16 novembre 1903 et 22 novembre 1913 (ayant modifié l'art. 34 du Code de Commerce et les art. 27 et 31 de la loi de 1867). D'après ces textes, lorsqu'une délibération votée par l'assemblée générale atteint les droits d'une catégorie d'actions, il est nécessaire, pour qu'elle devienne définitive, de la soumettre à la ratification d'une assemblée spéciale composée

des actionnaires de la catégorie visée. Faut-il, par analogie, étendre ces prescriptions légales aux porteurs de parts et en conséquence subordonner la validité de la décision prise par les actionnaires à l'approbation des intéressés réunis en assemblée spéciale ?

Nous ne le pensons pas pour le motif suivant : les lois de 1903 et 1913 ne se réfèrent qu'à une hypothèse déterminée, celle où les actionnaires prennent une décision entraînant des modifications dans les droits réservés à une classe d'actions. Il est donc impossible de les étendre à d'autres cas non prévus d'une façon formelle, d'autant plus que suivant la remarque faite par MM. Lyon-Caen et Renault (1) « les porteurs de parts n'étant pas des actionnaires, l'on ne saurait dire qu'il s'agit de modifier les « droits d'une catégorie d'actionnaires ».

1° *Dissolution anticipée de la société*

Malgré les graves conséquences qu'entraîne la dissolution anticipée de la société pour les porteurs de parts bénéficiaires, nous croyons sans aucun doute que cette modification leur est opposable, parce que, pour reprendre l'expression employée par un auteur (2), « le droit « appartenant à l'assemblée générale des actionnaires de « prononcer la dissolution anticipée de la société est « absolue ». Les porteurs de parts sont obligés de la subir même lorsqu'elle intervient en fraude de leurs droits,

1. *Manuel de droit commercial*, n° 307, p. 292.

2. Houpin, *Traité des Sociétés*, tome I, n° 461.

sauf la possibilité pour eux d'intenter dans ce cas une action en dommages-intérêts.

Toutefois on a objecté que la nullité de la décision de l'assemblée générale pourrait être demandée par application de l'article 1167 du Code civil. A notre avis, deux raisons s'y opposent. L'une est d'ordre général : elle tient à la défense faite aux porteurs de parts de s'immiscer dans l'administration de la société. L'autre résulte des difficultés pratiques que cette solution comporterait. Comment pourrait-on faire revivre une société dissoute, déjà en voie de liquidation, et d'autre part de quelle manière obligerait-on les administrateurs et actionnaires à reprendre malgré eux l'exploitation sociale ?

La dissolution anticipée est opposable aux porteurs de parts sans qu'ils puissent obtenir des dommages-intérêts dans les cas suivants :

1° lorsqu'il y a perte des trois quarts du capital (art. 37 de la loi de 1867) ;

2° lorsqu'il existe de justes motifs d'arrêter le cours des opérations sociales (art. 1871 Code civil). On peut supposer par exemple que par suite d'événements imprévus et insurmontables l'objet de la société a disparu ou son fonctionnement est devenu impossible. L'intérêt de tous, celui des actionnaires, comme celui des porteurs de parts, n'est-il pas de mettre fin à l'existence de l'entreprise avant l'expiration du délai prévu aux statuts, puisqu'elle n'est plus susceptible de produire des bénéfices ?

La question est douteuse lorsque la dissolution anticipée est suivie d'une fusion ou d'une cession de l'actif. En

général, on s'accorde pour appliquer à ce cas la règle de l'opposabilité.

Signalons qu'en pratique elle donne lieu rarement à des difficultés car l'assemblée générale, après avoir voté la dissolution et la fusion ou la cession de l'actif, prend soin en général de compenser la perte résultant de l'extinction des droits des porteurs par l'octroi de nouveaux avantages équivalents. Conformément à la maxime « Pas d'action sans intérêt », aucune action en dommages-intérêts ne peut donc être intentée par les intéressés qui ne subissent de la sorte aucun préjudice. Pour que de sérieuses protestations s'élèvent de leur groupe, il faudrait supposer, ce qui est rare en fait, que tout dédommagement à l'anéantissement de leurs droits leur a été refusé. Mais, à notre avis, même dans ce dernier cas la décision prise par les actionnaires serait encore opposable aux porteurs de parts, à condition qu'elle soit rendue nécessaire par les circonstances. Ainsi, en principe, la délibération votée par l'assemblée générale agissant dans la plénitude de ses pouvoirs doit être respectée par tous et la dissolution de la société avant le terme fixé ne peut donner lieu à aucune critique même de la part de ceux qui en souffrent. Ajoutons que cette solution est en harmonie avec la théorie que nous avons admise sur la nature juridique des parts de fondateur. Puisque les propriétaires de ces titres ne sont que des créanciers de bénéfices, ils n'ont pas à apprécier l'opportunité ou l'utilité d'une mesure dont la réalisation appartient exclusivement aux actionnaires, seuls représentants qualifiés de la société.

Par exception, si la délibération est inspirée par une

intention frauduleuse, les porteurs de parts, sans avoir la possibilité, ainsi que nous venons de le montrer, d'en réclamer l'annulation, seront fondés à demander la réparation du préjudice subi. Citons, à titre d'exemple, l'hypothèse où une société, dans le seul but de supprimer les parts bénéficiaires prévues par les statuts, se déclare dissoute avant le terme convenu et se reconstitue quelque temps après avec les mêmes éléments, même capital, même objet social, mêmes actionnaires, etc., mais sans maintenir les avantages réservés aux porteurs de parts dans l'ancienne société.

Jurisprudence. — Les décisions de jurisprudence concernant cette question sont nombreuses et intéressantes à signaler car elles mettent en lumière d'une façon très nette l'importance et la gravité des conflits qui souvent éclatent dans la pratique entre les deux groupes d'intéressés.

Les premières espèces (1), soumises à la Justice, se référaient soit à la fusion d'une société qui avait négligé d'assurer une compensation aux porteurs de parts (2), soit à la cession de l'actif social à une autre entreprise (3) : dans les deux cas les actionnaires pour atteindre leur but avaient voté la dissolution anticipée. Les tribunaux tranchèrent ces différends en déclarant que le droit de dissolu-

1. Voir Lecouturier, *Traité des Parts de Fondateur*, n° 104. Blanchet, *Thèse*, p. 130.

2. Affaire de la Banque Franco-Egyptienne. S. 1893. 4. 373 et D. 93. 4. 565.

3. Affaire Société des téléphones de Madrid. C. cass. 13 juin 1898, D. 1899. 1. 552 et S. 1899. 4. 66.

tion ne devait être exercé que « dans des conditions légitimes et suffisamment justifiées » et que la société engageait gravement sa responsabilité lorsque la modification adoptée n'était pas nécessitée par l'état des affaires sociales.

Parmi les autres litiges (1) portés plus tard devant les tribunaux, un mérite à notre avis d'être signalé.

Voici quels étaient les faits. La Société Industrielle des moteurs électriques et à vapeur, constituée en 1895, à la suite d'une réduction de capital (5.000.000 fr. réduits à 2.400.000 fr.) avait résolu d'indemniser les porteurs d'actions de la perte de 200 francs qu'ils subissaient par titre en leur allouant des parts bénéficiaires suivant une proportion déterminée. Puis, plusieurs années écoulées, l'assemblée générale des actionnaires votait la dissolution anticipée et la nomination d'un liquidateur. C'est alors que l'un des porteurs de parts s'avisa de soutenir que la mesure qui le lésait avait été prise en fraude de ses droits et en conséquence demanda la nullité de la délibération critiquée et des dommages-intérêts pour le préjudice subi.

La Cour d'appel de Paris (2) par adoption pure et simple de motifs, confirma le jugement du Tribunal de

1. Paris, 13 mars 1901, *Journal des Sociétés*, 1901, p. 499. — Lyon, 14 mai 1901, *Journal des Sociétés*, 1902, p. 29 et C. cass., 24 mars 1903, *Journal des Sociétés*, 1903, p. 345 et S. 1906. 1. 129 avec note de M. Wahl-Gand, 28 décembre 1911, *Journal des Sociétés*, 1913, p. 71.

2. Affaire Weissenburger c. Société Industrielle des moteurs électriques et à vapeur. Paris, 18 juillet 1901, *Journal des Sociétés*, 1902, p. 152 et C. cass., 9 mars 1903. D. 1904. 1. 89 avec note de M. Percerou et *Journal des Sociétés*, 1903, p. 491.

Commerce de la Seine qui avait repoussé les prétentions du porteur de parts en se basant sur la situation précaire de la société. En effet son capital social était immobilisé ou perdu en essais effectués sur des procédés qu'elle devait exploiter ultérieurement et en dépit de nombreuses et louables tentatives tout espoir avait disparu de réaliser des bénéfices. L'assemblée des actionnaires ayant donc agi sous l'empire d'une nécessité inéluctable, aucune critique ne pouvait être formulée par les porteurs de parts :

« Attendu que les parts bénéficiaires, sous quelque nom
 « qu'elles existent, ne représentent aucune fraction du
 « capital social et ne confèrent aucun droit d'ingérence
 « dans les affaires de la société : que si, le cas échéant,
 « ces porteurs peuvent être fondés à introduire une action
 « en dommages-intérêts, lorsqu'une mesure préjudicia-
 « ble à leurs intérêts a été prise par l'assemblée géné-
 « rale des actionnaires, ils ne peuvent en aucune manière
 « être fondés à demander la nullité d'une décision prise
 « par les actionnaires dans la plénitude de leurs droits.

.
 « Attendu qu'il résulte de ce qui vient d'être dit, que
 « la décision des actionnaires prononçant la dissolution
 « de la société a été régulièrement prise : qu'il convient
 « de rechercher si en prononçant ladite dissolution, les
 « actionnaires n'ont pas, sans nécessité et dans le seul
 « but de se procurer à eux-mêmes un avantage, porté
 « atteinte aux droits des porteurs de parts.

.
 « Attendu qu'il ressort que la situation précaire de la
 « société excluait toute idée de bénéfices à réaliser sur

« l'ensemble des opérations sociales. Que d'autre part il
 « est établi que la locomotive Heilmann, cause pour une
 « large part de l'absorption du capital social, ne pouvait
 « en l'état actuel, être la source d'aucun bénéfice : qu'il
 « n'est donc pas raisonnablement permis de dire que les
 « actionnaires ont abusé de leurs droits en se refusant à
 « faire de nouveaux sacrifices en vue de bénéfices aléa-
 « toires qu'eux-mêmes, ainsi que les porteurs de parts,
 « pourraient retirer dans l'avenir de la vente des machi-
 « nes Heilmann ».

Un autre jugement du Tribunal de Commerce de Lyon, en date du 1^{er} juillet 1921 (1), malgré la brièveté de ses motifs, s'est encore inspiré des mêmes principes. Il s'agissait d'un porteur de parts qui avait fait apport de ses études, travaux, connaissances techniques et brevets à la Société Electro-Métallurgique du zinc dont le but était de créer une usine pour la fabrication industrielle du zinc-métal. Cette Société, s'étant trouvée rapidement dans l'impossibilité d'obtenir des résultats pratiques, résolut en 1920, de se dissoudre par anticipation et de fusionner avec la Société chimique de Gerland en lui cédant son actif. C'est à ce moment que, l'un des porteurs de parts assigna conjointement et solidairement les deux sociétés afin de faire prononcer la nullité de la délibération de l'assemblée générale et d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice qui lui était causé.

Là encore, les Juges rejetèrent les prétentions du

1. Affaire : Pierron c. Société Electro-Métallurgique du zinc. *Revue des Sociétés*, juillet 1922, p. 380.

demandeur en s'appuyant sur la règle que les décisions prises par les actionnaires étaient motivées par les circonstances et notamment par la situation financière de l'entreprise :

« Mais attendu que les bilans de la Société Electro-Métallurgique du zinc démontrent que les exercices ont toujours présenté des pertes : que lors de la fusion avec la Société chimique de Gerland, on se trouvait en présence d'un déficit de 95.325 fr. 75 : que dans ces conditions les parts bénéficiaires n'avaient droit à aucune rémunération.

« Attendu que la fusion de la Société du zinc et de la Société de Gerland a été approuvée par l'assemblée générale de leurs actionnaires respectifs : que Pierron ne peut articuler qu'elle a été réalisée pour faire échec aux porteurs de parts et en fraude de leurs droits ».

Enfin un arrêt récent de la Cour d'Appel d'Aix (1), après avoir rappelé l'existence du lien contractuel entre la société et les porteurs de parts, confirme une fois de plus qu'il ne peut être apporté de modifications aux droits des attributaires de parts sauf dans le cas « où ces mesures

1. Affaire : Jacquier c. Société des Raffineries de Saint-Louis. Aix, 16 janvier 1922. *Revue des Sociétés*, juillet 1922, p. 372.

Tout récemment encore un arrêt de la Cour de Paris en date du 25 janvier 1923 (D. 1923. 2. 38) a confirmé une fois de plus les solutions exposées ci-dessus en décidant qu'une action basée sur l'illégitimité d'une dissolution anticipée est irrecevable et mal fondée s'il est établi qu'aucune fraude n'a été commise à l'encontre des porteurs de parts et s'il est prouvé que les bénéfices sociaux ne suffisaient pas à assurer la distribution des dividendes aux actionnaires.

« sont imposées par des circonstances dont il appartient
« aux Tribunaux d'apprécier le bien fondé ».

2° *Amortissement industriel. — Etablissement
des comptes sociaux.*

On sait que d'ordinaire les statuts ordonnent, après certaines déductions, énumérées limitativement, un prélèvement destiné à couvrir les dépréciations subies par l'actif social.

Cet usage, auquel les sociétés ne manquent pas d'obéir, se justifie amplement. Rappelons brièvement que si l'amortissement, dont le but essentiel est d'évaluer avec toute la rigueur possible les divers éléments de l'actif, était négligé et méconnu, les bilans et inventaires présentés en fin d'exercice annuel par le gérant ou par les administrateurs à l'assemblée générale n'auraient pas le caractère de sincérité et de loyauté que les intéressés sont en droit d'exiger d'eux.

Pour réaliser une semblable mesure, la société peut choisir entre deux procédés : ou conserver à l'actif figurant au bilan sa valeur originaires à condition d'inscrire au passif une somme représentant la moins-value subie et appelée « réserve d'amortissement » ; ou inscrire à l'actif les éléments qui le composent pour leur valeur réelle c'est-à-dire pour une somme dont l'importance va en diminuant au fur et à mesure que l'exploitation sociale continuera.

La constitution de fonds d'amortissement est devenue de nos jours si utile et si indispensable à toute entreprise

qu'il ne faut pas hésiter à en admettre l'existence même dans le silence des statuts.

Inspirée principalement par des raisons d'ordre pratique, cette solution a aussi l'avantage d'être conforme aux principes généraux admis en matière de sociétés par actions. En effet depuis 1913 il n'est plus douteux que l'assemblée générale des actionnaires ait le pouvoir d'opérer sur les bénéfices sociaux les prélèvements qu'elle juge nécessaire (1).

Reste à savoir si les porteurs de parts sont tenus comme les actionnaires, de respecter la création de réserves d'amortissement? Un premier point est hors de doute. En toute hypothèse, c'est-à-dire, que leurs droits portent sur le solde actif en cas de dissolution où qu'ils soient limités statutairement à une fraction des bénéfices annuels, ils auront toujours un intérêt manifeste à combattre toute mesure de ce genre, car, ne l'oublions pas, les prélèvements effectués dans ce but vont diminuer sensiblement l'ensemble des bénéfices distribuables et par voie de conséquence la quote-part qui leur est attribuée. Cependant, nous reconnaissons que leurs protestations se feront sans doute plus vives et plus véhémentes dans le cas où d'après les statuts, ils ne pourraient prétendre au partage du boni de liquidation. Il est facile de comprendre qu'une partie importante des réserves accumulées en cours

1. Avant l'application de la loi de 1913, ce point était déjà acquis. On faisait valoir notamment qu'en agissant de la sorte, on ne faisait que conserver intact le capital social, gage des créanciers de la société. Voir à ce sujet la note de M. Chéron sous arrêt. Paris, 22 mars 1911. D. 1912. 2. 353.

d'existence risqué de leur échapper s'ils ne s'insurgent pas contre tout prélèvement destiné aux amortissements.

Et ce qui contribue à aggraver cette opposition d'intérêts avec la société, c'est l'impossibilité de fixer ici des règles précises tellement ce sujet est sous la dépendance de causes infiniment multiples et variées.

Pour résoudre la question à l'égard des porteurs, et il en est de même en ce qui concerne l'établissement des comptes sociaux, il importe, à notre avis, de faire appel à l'un des principes généraux que nous exposons au début de cette étude et aux termes duquel les délibérations régulièrement prises par l'assemblée générale sont opposables aux porteurs de parts et ne peuvent être critiquées par eux. Sinon, ils s'immisceraient dans la direction des affaires sociales et joueraient le rôle d'associés : ce qui serait en contradiction absolue avec les clauses de style insérées dans les statuts.

En fait, sauf de rares exceptions, les fondateurs de sociétés n'omettent pas de régler la question des amortissements et celle des comptes sociaux. D'ordinaire, il est stipulé que les porteurs de parts ne peuvent critiquer l'établissement des comptes, bilan et inventaire, ni discuter les sommes affectées aux amortissements et provisions et qu'à cet égard, ils sont tenus de s'en rapporter aux décisions de l'assemblée générale.

Est-ce à dire maintenant qu'ils doivent en toute constance subir la volonté de la société sans pouvoir se plaindre des conséquences préjudiciables qu'elle peut avoir pour eux ? Nous ne le croyons pas et nous estimons qu'il existe des hypothèses où les porteurs de parts

seraient fondés à critiquer soit la façon dont les comptes ont été établis, soit les déductions opérées pour créer des réserves d'amortissement.

Ainsi il n'est pas douteux que les prélèvements effectués à ce titre pourront être contestés par eux s'ils sont faits en fraude de leurs droits ou en violation des statuts. Dans le premier cas l'intention de nuire à autrui donne naissance sans aucun doute à une créance de dommages-intérêts. Dans le second il suffit aux intéressés de baser leur demande sur le fait que les administrateurs et les actionnaires ne se sont pas conformés aux dispositions du pacte social.

Lorsqu'on invoque l'exagération ou les abus dans la constitution des fonds d'amortissement, l'action des porteurs de parts n'est plus aussi solide car, ainsi que nous l'avons fait observer, il est très difficile de fixer dans quelles limites les prélèvements effectués dans ce but sont possibles sans encourir le reproche d'être abusifs. Sans doute de nombreuses règles ont été émises et d'ingénieuses formules ont été proposées pour résoudre la question des amortissements dans les sociétés par actions. A nos yeux elles présentent toutes le même défaut, celui de ne pouvoir s'adapter aux conditions économiques multiples et variées qui régissent les entreprises industrielles et commerciales. Aussi est-il préférable de ne poser ici aucun principe absolu, et de considérer plutôt la question comme un point de fait, dont la solution variera suivant chaque espèce.

Ainsi l'on sera fondé à refuser aux porteurs de parts le droit de se plaindre des amortissements qu'ils préten-

dent exagérés s'ils ont reconnu sous une forme quelconque que les intérêts de la société nécessitaient de semblables prélèvements. Au contraire, leurs critiques pourront être favorablement accueillies si elles tendent à démontrer que les déductions exercées par la société, loin de se justifier par des raisons impérieuses, ont été faites dans le but de les priver d'une partie des bénéfices sociaux auxquels ils ont droit et de constituer sous une forme déguisée un fonds de réserves supplémentaires ne comportant aucune affectation déterminée.

Jurisprudence. — Les Tribunaux ont eu, à maintes reprises, l'occasion d'examiner au regard des porteurs de parts la question des amortissements dans les sociétés par actions.

L'un des premiers litiges (1), dont la Justice fut appelée à connaître, concernait une société qui avait inscrit pour une valeur de quelques francs certains éléments de l'actif social. Les porteurs de parts ne manquèrent pas de critiquer l'importance abusive des prélèvements exercés par l'entreprise. Sans vouloir exposer en détail cette espèce, qui a été déjà examinée et commentée par des auteurs (2), nous nous contenterons de remarquer que l'arrêt de la Cour de Paris est plus exact que la décision des premiers juges qu'il a infirmée. En effet, il admet que l'exagération,

1. Aff. Bernard et Jarislousky c. Cie des Mines du Laurium. Tr. civ. Seine, 20 décembre 1894. *Journal des Sociétés*, 1895, p. 430 et Paris, 16 juillet 1896, D. 99. II. 361 et note de M. Thaller; Tr. civ. Seine, 29 avril 1897, *Journal des Sociétés*, 1897, p. 444.

2. Voir notamment : Lecouturier, *Traité* n° 91. Blanchet, *Thèse*, p. 87.

dont se plaignaient seulement les porteurs de parts, est insuffisante pour servir de fondement à l'ouverture d'une action en dommages-intérêts, surtout lorsque d'après les statuts le Conseil d'administration est le seul juge des dépréciations survenues à l'actif social. Seule la fraude aurait pu leur permettre de protester contre les importantes sommes qui furent prélevées à titre d'amortissement.

Dans une autre espèce (1), lors de la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, un fonds spécial avait été créé et destiné non seulement à l'amortissement du matériel mais encore éventuellement à l'acquisition d'immeubles.

Le Tribunal prononça la nullité des clauses des nouveaux statuts, ayant trait à la création de ces réserves particulières, dont l'une des principales conséquences était de diminuer la part revenant aux porteurs de parts de fondateur. Nous approuvons pleinement cette solution. L'amortissement a pour but de couvrir les dépréciations de l'actif social et non de l'accroître : il ne peut donc s'appliquer qu'aux objets, sujets à dépérissement. Sinon, il représenterait une réserve supplémentaire dont l'inscription au bilan ne serait possible qu'avec le consentement des intéressés.

Enfin le jugement le plus récent en cette matière a été rendu par le Tribunal de Commerce de la Seine (2). Dans

1. Tribunal commerce Havre, 9 mars 1909, *Journal des Sociétés*, 1910, p. 225.

2. Tr. com. Seine, 19 mai 1920, *Gazette du Palais*, 1920, 2^e semestre, p. 301 (affaire : Lagèze c. Société anonyme des Etablissements Lagèze et Cases).

cette affaire le demandeur, agissant en qualité de porteur de parts, faisait grief à la société d'avoir pratiqué des amortissements exagérés depuis plusieurs années : ce qui avait eu pour conséquence de le priver d'une fraction importante des bénéfices auxquels il avait droit.

Pour résoudre ce litige, les juges consulaires s'inspirèrent des principes suivants :

1° Les porteurs de parts sont titulaires d'une créance dont le montant est essentiellement variable et dépend de l'importance des bénéfices réalisés. Afin d'assurer la régularité et l'accroissement de ces répartitions, ils ne doivent pas hésiter, s'il le faut, à restreindre pendant quelques années le montant des sommes qu'ils encaissent. C'est leur intérêt bien compris.

2° Les statuts formant la loi des parties, s'ils décident que les porteurs sont tenus, pour la question des amortissements, de s'en rapporter aux décisions de l'assemblée générale, toute action, basée sur l'exagération des prélèvements opérés à ce titre, doit être repoussée et déclarée non recevable.

3° Cependant, en vertu des principes généraux, les porteurs de parts ne sont pas complètement désarmés. Ils conservent toujours la faculté d'attaquer les actes accomplis en fraude de leurs droits par application de l'article 1167 du Code civil, mais à condition d'établir la fraude commise et le préjudice subi.

Ce dernier point fut écarté de suite pour le seul motif que le demandeur était incapable d'administrer la double preuve requise.

Comme d'autre part l'étude des bilans sociaux ne

démontrait aucune exagération dans les amortissements, mais révélait au contraire une politique de prévoyance financière, pleinement justifiée, il ne restait plus au tribunal qu'à appliquer les dispositions précises et licites des statuts. C'est ce qu'il fit à juste raison.

3^o *Réserves. Fonds de prévoyance* (1).

De nos jours l'utilité de fonds de prévoyance et réserves extraordinaires est devenue si précieuse et si évidente que la plupart des statuts ne manquent pas d'ordonner, après certains prélèvements, tels que ceux destinés à la réserve légale et au paiement d'un premier dividende aux actionnaires, une nouvelle déduction dont le but sera d'assurer la constitution de ces fonds spéciaux.

Rarement le montant des sommes mises en réserve est fixé par le pacte social et presque toujours ce point est laissé à l'entière et souveraine appréciation de l'assemblée générale des actionnaires. Dans cette hypothèse il n'est pas contestable que les décisions prises à ce sujet doivent être respectées par les attributaires de parts de fondateur.

Mais en est-il de même en l'absence de toute stipulation formelle? La société, peut-elle, de sa propre initiative, distraire une partie des bénéfices en vue de créer

1. Nous écarterons de notre sujet l'obligation qui incombe aux sociétés anonymes de constituer une réserve légale au moyen de sommes prélevées sur les bénéfices jusqu'à concurrence du 1/10 du capital social (art. 36 loi de 1867), aucun conflit n'étant possible dans ce cas.

des réserves supplémentaires? Ne risque-t-elle pas, en ordonnant une pareille mesure, de causer aux porteurs de parts un préjudice considérable, susceptible de s'aggraver encore si les statuts les privent par exemple de tout droit sur le boni de liquidation? Depuis les lois des 16 novembre 1903 et 22 novembre 1913, la question, qui précédemment avait donné lieu à de vives controverses, n'est plus douteuse. En effet l'interprétation du premier texte (art. 34 Code de com.) avait donné lieu en Doctrine à de graves divergences, bien qu'à notre avis, la faculté reconnue à l'assemblée générale de créer des actions de priorité impliquait certainement qu'en dehors de l'hypothèse spécialement visée cette même assemblée avait aussi le droit de prendre une décision ou d'apporter une modification équivalente, et à plus forte raison d'une gravité moindre que celle mentionnée par le texte lui-même. Ces nombreuses difficultés ont été réglées par la loi du 22 novembre 1913, de telle sorte qu'à présent toute société par actions peut modifier valablement les clauses de ses statuts et prendre toutes les mesures qu'elles jugent utiles, à moins de dispositions contraires et sauf en ce qui concerne la nationalité de l'entreprise et l'augmentation des engagements des actionnaires (§ 1, art. 31 loi de 1867). En conséquence la création d'un fonds de prévoyance et de réserves extraordinaires, comme d'ailleurs celle d'un fonds d'amortissement, ainsi que nous venons de l'exposer, rentrent incontestablement dans les limites des pouvoirs de l'assemblée générale.

Et rien ne permet de supposer que la société en créant des parts de fondateur ait entendu renoncer implicitement

à cette prérogative essentielle. Sans doute elle s'est engagée à distribuer les bénéfices disponibles à certains groupes d'ayants droit suivant des proportions déterminées; faut-il encore au préalable qu'elle ait soin de se couvrir contre les risques inhérents aux entreprises commerciales ou industrielles qui de nos jours se sont singulièrement aggravés en raison de l'instabilité générale des affaires.

Si une semblable solution doit prévaloir en droit strict, il est utile cependant de lui apporter un tempérament, motivé par des considérations pratiques. N'est-il pas vrai de dire que, suivie et exécutée à la lettre, elle risquerait d'engendrer des abus? La société, ayant la liberté de constituer en tout temps et suivant son gré des fonds spéciaux et des réserves extraordinaires, serait sans doute portée à en abuser et à priver de la sorte les porteurs et les actionnaires de toute répartition de bénéfices. Aussi, pour éviter dans la mesure du possible l'écueil qui vient d'être signalé, nous permettrons-nous de conseiller aux chefs d'entreprises et aux Directeurs de sociétés de ne faire usage de cette faculté qu'avec la plus grande modération!

Là encore par application des principes généraux il importe d'ajouter que si les prélèvements votés par l'assemblée générale des actionnaires s'inspiraient d'une idée de fraude, si par exemple ils étaient ordonnés dans le but exclusif de réduire ou même de supprimer la portion des bénéfices revenant aux porteurs de parts, ils seraient à juste titre critiqués par ceux qui en souffriraient. Et la même exception devrait être formulée en cas de violation des statuts, puisqu'il est interdit à l'assemblée géné-

rale de porter atteinte aux droits contractuels des porteurs de parts.

Jurisprudence. — La tendance actuelle de la Jurisprudence, sans doute frappée par l'utilité grandissante des réserves extraordinaires, est de se montrer de plus en plus large envers les sociétés qui pratiquent une politique de prévoyance et de modération.

Parmi les principales décisions rendues en cette matière, il y a déjà quelque temps, nous en signalerons une en raison du caractère d'actualité que les événements lui confèrent. C'est la suivante (1) : lorsque depuis la clôture de l'inventaire le capital social a subi une dépréciation considérable tenant aux variations du change, un fonds spécial, destiné à couvrir cette perte, peut être constitué en vertu d'une délibération de l'assemblée générale, opposable à tous les intéressés, porteurs de parts et actionnaires.

Des espèces plus récentes (2) ont été soumises à l'appréciation des Tribunaux. Le principal grief des attributaires de parts consiste en général dans l'exagération commise par la société lorsqu'elle procède à la mise en réserve de bénéfices distribuables. C'est ainsi que la Cour de Cassation (3), à propos d'un cas semblable, rejeta le pourvoi,

1. Tr. Com., Seine, 14 janvier 1893, *Journal des Sociétés*, 1893, p. 393.

2. Aff. Rondeau Emery, etc... c. Société du bi-métal, Paris, 8 juin 1901. D. 1902. 2. 7. et *Journal des Sociétés*, 1901, p. 505 et Cass. 8 décembre 1902. D. 1903. 1. 43 et *Journal des Sociétés* 1903, p. 295. Aff. Rhode c. Banque nationale d'Haiti, Paris, 7 août 1907, *Journal des Sociétés*, 1909, p. 60.

3. Cass. 24 mars 1903, *Journal des Sociétés*, 1903, p. 345.

formé contre un arrêt de la Cour de Lyon, dans les termes suivants :

« Attendu sur le troisième grief, que l'affectation des
« bénéfices à la réserve a été également soumise, ainsi
« que cela résultait des conclusions d'appel, au vote
« d'assemblées générales dont les opérations n'étaient pas
« arguées de nullité devant les juges du fond : que le
« reproche de fraude formulée contre Juppé, liquidateur,
« n'était basé sur aucun fait précis de nature à engager
« sa responsabilité personnelle alors que sa gestion avait
« reçu l'approbation de la société ».

La Cour d'Appel de Bordeaux (1) a décidé aussi qu'une demande introduite par un porteur de parts en nullité de la décision prise par l'assemblée générale de créer un fonds de réserve, destiné à enrichir le patrimoine social (elle avait agi dans un but d'intérêt commun), et à être partagé en fin de société entre actionnaires et porteurs de parts, était mal fondée en l'absence de fraude commise et de préjudice subi (le maintien de la proportionnalité entre les deux groupes avait été sauvegardé), d'autant plus que d'après les statuts l'assemblée générale était investie de pouvoirs considérables.

Il a été aussi jugé (2) que l'assemblée générale avait le pouvoir, soit d'augmenter le fonds de réserve extraordinaire, soit de créer une part bénéficiaire au profit d'un directeur en cas « de circonstances exceptionnellement

1. Bordeaux, 14 octobre 1912, *Journal des Sociétés*, 1914, p. 262 et *Revue des Sociétés*, 1913, p. 113.

2. Aff. Boiteux c. Société « la Brasserie de Besançon », Besançon, 4 février 1914, *Journal des Sociétés*, 1914, p. 447.

graves ». Enfin, pour être complet, signalons un arrêt très récent (1) de la Cour de Paris, qui a confirmé une fois de plus en cette matière la règle de l'opposabilité des décisions régulièrement prises par les actionnaires. La solution adoptée s'imposait avec d'autant plus de force qu'il s'agissait dans cette espèce d'une entreprise dont l'objet consistait à exploiter des mines. Les importants prélèvements ordonnés, dont se plaignaient les porteurs de parts, constituaient un acte de sage administration par suite de l'épuisement progressif des richesses naturelles extraites du sous-sol. Aucune critique ne pouvait donc être formulée à l'encontre d'une semblable mesure de prévoyance.

4° Augmentation et réduction du capital social.

Le problème posé par l'augmentation ou par la réduction du capital social se rattache comme les précédents à la question d'ordre général concernant les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire.

Les nombreuses controverses soulevées tant en Doctrine qu'en Jurisprudence par l'ancien article 31 de la loi de 1867 ont été d'abord atténuées par la loi du 16 novembre 1903 puis ont pris fin depuis la loi du 22 novembre 1913.

A présent il est incontestable que, moyennant l'observation des conditions requises pour la validité de ses délibérations, l'assemblée générale a le droit d'augmenter ou de réduire le capital social (art. 31 nouveau, loi de 1867), sauf certaines restrictions qui sont toujours sous-entendues

1. Paris, 10 novembre 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. 2. 764.

en vertu des principes généraux du droit et notamment sous réserve de celle d'après laquelle aucune atteinte ne doit être portée aux droits des tiers.

En combinant les règles, que nous venons de rappeler brièvement, avec le système général de la Jurisprudence, il y a lieu de décider que si l'une des modifications, augmentation ou réduction du capital, est adoptée par l'assemblée générale sans être imposée par les circonstances ou par l'intérêt commun (celui des actionnaires comme celui des porteurs), elle sera susceptible, en cas de préjudice subi par les porteurs de parts, de donner ouverture à l'exercice d'une action en dommages-intérêts.

En sens inverse, si par exemple une augmentation de capital est votée sous forme d'une émission d'actions privilégiées en raison de la situation critique de la société, elle sera valable et s'imposera aux actionnaires primitifs comme aux porteurs, bien qu'elle soit de nature à diminuer leur quote-part de bénéfices. L'intérêt bien compris de tous justifie une semblable mesure (1).

5° Répartition des bénéfices.

Non seulement l'assemblée générale des actionnaires peut modifier le montant du capital social, soit en le diminuant, soit en l'augmentant, mais encore elle peut modifier les règles statutaires concernant la répartition des bénéfices (2), à condition toutefois d'observer les différentes

1. En effet il est préférable de toucher une part moins élevée que d'être contraint de recourir à la dissolution.

2. Pic. Des assemblées générales extraordinaires. *Revue des Sociétés*, juillet et s., 1922.

restrictions, signalées précédemment. En rapprochant la règle, qui interdit à l'assemblée générale de porter atteinte aux droits des porteurs de parts, de l'obligation incombant à la société de répartir tous les revenus disponibles, il résulte notamment que le report intégral des bénéfices d'un exercice annuel à l'exercice suivant, ne peut pas être ordonné par cette assemblée : ce qui aurait pour conséquence de supprimer toute répartition des bénéfices et de permettre la constitution de réserves sous une forme déguisée. Rappelons que cette hypothèse ne doit pas être confondue avec un usage, couramment pratiqué en matière de sociétés par actions, qui consiste à reporter à l'exercice suivant le reliquat des bénéfices apparaissant après les répartitions statutaires. Cet usage, que la Jurisprudence reconnaît à l'égard des actionnaires, doit aussi, nous semble-t-il, s'imposer aux porteurs de parts (1) à condition qu'il soit observé d'une façon modérée.

L'attribution d'une plus grande part dans les bénéfices aux administrateurs représente encore une modification que la société apporte quelquefois aux statuts en cours d'exploitation. Les porteurs de parts sont-ils tenus de subir un pareil changement ? Les pouvoirs souverains de l'assemblée générale nous invitent une fois de plus à émettre une réponse affirmative. D'ailleurs l'interprétation donnée à la loi du 16 novembre 1903 suffirait, à elle seule, à dicter cette solution, puisque nous avons admis que le droit reconnu à l'assemblée générale de créer des actions

1. Houpin, *Traité des Sociétés*, n° 460. *Journal des Sociétés*, 1897, p. 252.

de priorité impliquait la possibilité d'apporter des modifications équivalentes telles que celles concernant la répartition des bénéfices et le principe de l'égalité entre les actionnaires.

La jurisprudence se prononce également dans ce sens. Parmi les diverses décisions rendues par les tribunaux, signalons un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux (1), ayant validé la délibération de l'assemblée générale, qui avait agi dans un but d'intérêt général en augmentant le traitement des administrateurs (2).

6° *Création de parts de fondateur.*

L'hypothèse que nous allons envisager maintenant se présente en général sous deux aspects différents. Tantôt la société, n'ayant pas cru nécessaire ou opportun de prévoir dans les statuts la création de parts de fondateur, éprouve postérieurement à sa formation le besoin d'en émettre. Le problème se pose alors de savoir si l'assemblée générale extraordinaire est compétente pour ordonner une semblable mesure. Tantôt, après avoir eu recours à la participation aux bénéfices pour récompenser ceux qui avaient contribué à sa constitution, la société est amenée par suite de circonstances multiples et variées à augmenter le nombre de parts émises originellement en vertu des

1. Bordeaux, 14 octobre 1912, *Revue des Sociétés*, 1913, p. 115.

2. Voir aussi un arrêt de la Cour de Besançon (4 février 1914, *Revue des Sociétés*, 1915, p. 142) concernant le cas où l'assemblée générale avait décidé de modifier la répartition des bénéfices en prélevant par préférence aux parts de fondateur les tantièmes réservés aux administrateurs.

statuts : auquel cas il convient également de rechercher si cette modification apportée par l'assemblée des actionnaires est valable et régulière.

En pratique la question, que nous venons de formuler, mérite surtout d'être résolue, lorsqu'il s'agit d'accroître l'actif social sous la forme d'acquisition d'un ou plusieurs biens déterminés ou encore lorsqu'on désire procéder à une augmentation de capital en attribuant des parts bénéficiaires aux anciens actionnaires, proportionnellement au nombre de titres qu'ils possèdent.

Pour nous, il est permis sans aucun doute à l'assemblée générale extraordinaire d'émettre des parts de fondateur en cours d'existence sociale, à la condition expresse de tempérer cette règle par les diverses restrictions que nous avons énumérées plus haut.

En jurisprudence, la question s'est posée à propos de l'espèce suivante (1). L'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme avait ordonné entre autres mesures la création d'une part bénéficiaire au profit du directeur avant tous prélèvements ou amortissements. La Cour d'appel de Besançon, qui fut appelée à connaître de ce litige, considéra la modification critiquée comme portant atteinte aux droits des 'porteurs de parts dans la répartition des bénéfices, d'autant plus que ni la situation de l'entreprise, qui était prospère, ni aucun événement exceptionnellement grave, ne nécessitaient une semblable résolution.

Ainsi, d'après cette décision, l'assemblée générale des actionnaires n'est pas fondée en principe à modifier les

1. Besançon, 4 février 1914, *Revue des Sociétés*, 1915, p. 142.

droits conférés aux porteurs de parts par les statuts. En conséquence, si la société éprouve le besoin d'émettre des parts bénéficiaires pendant son existence, la fraction de bénéfices allouée aux titres nouvellement créés doit être prélevée exclusivement sur la part réservée aux actionnaires et non sur celle attribuée aux anciens porteurs.

B. — SECOND GROUPE

Modifications atteignant directement les porteurs de parts de fondateur.

A côté des modifications n'atteignant les porteurs de parts que par voie de répercussion, il existe un second groupe de délibérations, qui exercent au contraire une influence directe sur leurs droits. Dans ce cas elles ne sont pas opposables aux attributaires de parts car elles excèdent les limites assignées aux pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires. Comme le disent à juste raison MM. Lyon-Caen et Renault (1), « quelque extension que « la loi du 22 novembre 1913 donne aux pouvoirs des « assemblées extraordinaires, elles ne peuvent certaine-
« ment pas d'après les principes généraux prendre des
« décisions qui portent atteinte aux droits des tiers ». D'où nous pouvons conclure que les délibérations comportant de telles modifications sont annulables à la demande des intéressés.

1. *Manuel de Droit commercial*, 41^e édition, n°1307, p. 192.

L'atteinte directe portée aux droits des porteurs de parts bénéficiaires se présente dans les trois cas suivants :

1° L'assemblée générale vote la suppression pure et simple des avantages alloués aux porteurs de parts.

2° Elle décide, ou de réduire suivant une proportion déterminée la part de bénéfices leur revenant, ou quelquefois de remplacer un ou plusieurs des droits attachés à ces titres par d'autres moins avantageux (1). Citons, par exemple, le cas où les actionnaires adoptent le parti de supprimer le droit statutaire reconnu aux porteurs de souscrire au pair pour lui substituer celui de souscription avec prime en cas d'augmentation du capital social.

3° Elle ordonne le rachat ou la conversion des parts bénéficiaires. De ces trois hypothèses seule la dernière mérite, en raison de son caractère pratique, de retenir notre attention.

Rachat des parts de fondateur.

Ainsi que nous l'avons exposé précédemment, la pratique révèle, depuis plusieurs années, une tendance assez caractérisée chez les actionnaires à se débarrasser des parts de fondateur. Nous avons montré que la raison tenait à ce que ces titres sont souvent considérés comme un obstacle sérieux au développement des affaires sociales, et qu'en maintes occasions ils constituent pour la société une source de difficultés considérables.

1. *Journal des Sociétés*, 1910, p. 90 et 223 ; 1911, p. 274 ; 1914, p. 262 et 447.

Aussi n'est-il pas étonnant que l'assemblée générale extraordinaire, obéissant à ces diverses considérations, soit portée naturellement à racheter ou à convertir les parts de fondateur. Convient-il d'approuver une pareille décision ?

Pour soutenir l'affirmative un auteur (1) s'est basé sur l'idée suivante : « le rachat des parts de fondateur, dit-il, « ne saurait porter atteinte à l'égalité d'entre les action-
« naires et il présente d'une manière générale des avan-
« tages importants pour la société qui conservera désor-
« mais l'intégralité de ses bénéfices pour ses membres ».

Cette opinion ne nous semble pas exacte car, quoiqu'on en dise, le rachat est de nature à modifier la répartition statutaire des bénéfices sociaux. On peut ajouter également qu'il est impossible à l'assemblée générale extraordinaire, malgré les pouvoirs extrêmement larges dont la loi de 1913 l'a investie, de prendre des décisions susceptibles d'annihiler les droits des tiers et notamment ceux des porteurs de parts, à moins d'avoir leur consentement unanime.

Jurisprudence. — Les Tribunaux ont eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'étudier la question du rachat et de la conversion des parts bénéficiaires. Dans l'un des cas les plus récents, qui furent portés devant eux (2), il s'agissait d'une puissante entreprise, la Société Nouvelle des Raffineries de Saint-Louis, qui avait créé et réparti 2.400 parts de fondateurs. En 1917, c'est-à-dire plusieurs années après

1. Lecouturier. *Traité*, n° 71.

2. Aix, 16 janvier 1922, *Revue des Sociétés*, juillet 1922, p. 372.

sa formation, les actionnaires constatant que l'existence de ces titres était une gêne sérieuse au développement des affaires sociales, et que notamment une augmentation de capital allait être rendue plus difficile à réaliser, résolurent de proposer aux porteurs de parts l'échange de leurs titres contre des actions. Après de longs et pénibles pourparlers l'accord se réalisa entre les actionnaires et une société civile fut formée groupant la majorité des porteurs de parts sur la base d'une part contre deux actions. Cette mesure impliquait, il est aisé de le constater, le rachat des parts de fondateur, suivi d'une augmentation de capital sous la forme d'émission d'actions nouvelles réservées aux propriétaires des titres rachetés.

C'est alors que l'un des porteurs dissidents, ayant émis la prétention de méconnaître la volonté des actionnaires, assigna la société en nullité des décisions prises par l'assemblée générale. Le Tribunal de Commerce de Marseille, le 13 janvier 1921, décida que les droits des porteurs de parts ne pouvaient être ni supprimés ni diminués en aucune façon, à moins d'une nécessité impérieuse :

« Attendu que dans les sociétés anonymes dont les
 « statuts ont créé des parts de fondateur, il existe entre
 « les porteurs de ces titres et les actionnaires un lien
 « contractuel qui fait la loi des parties, en vertu duquel
 « les assemblées générales, de quelque pouvoir qu'elles
 « soient investies pour la gestion des affaires sociales, ne
 « peuvent y faire entrer, sans le consentement des inté-
 « ressés, aucune combinaison qui irait à l'encontre des
 « droits de ces derniers, à moins que les mesures adoptées
 « ne soient imposées par des raisons impérieuses.

« Attendu que pour justifier les décisions qu'ils ont
« votées dans leur assemblée générale, les actionnaires
« de la Société des Raffineries ne se sont pas prévalus et
« ne pouvaient du reste se prévaloir d'aucune nécessité
« qui les obligeât à racheter les parts, ni à les convertir.

« Qu'il ne leur était donc pas permis unilatéralement,
« sans la volonté de Jacquier, de porter atteinte à ses
« droits de porteur de parts, plus encore d'en détruire
« l'essence, non seulement en violation des statuts qui
« stipulent que les droits des porteurs de parts leur sont
« assurés pour toute la durée de la société mais encore
« au mépris des clauses du contrat, telles qu'elles résultent
« des conditions inscrites sur les titres eux-mêmes ».

En raison du caractère essentiellement préjudiciable du rachat, les porteurs de parts dissidents étaient fondés à demander la nullité des délibérations prises par les associés, sans leur consentement. Dans l'espèce l'annulation s'imposait avec d'autant plus de force qu'aucune circonstance grave ne justifiait une pareille décision. Dès lors, on comprend aisément que la sentence des premiers juges méritait une approbation entière et absolue. C'est ce que fit avec raison la Cour d'Appel d'Aix dans son arrêt du 16 janvier 1922.

CHAPITRE VIII

ACTIONS DES PORTEURS DE PARTS CONTRE LA SOCIÉTÉ

L'examen des droits des porteurs de parts bénéficiaires, ainsi que des différents événements susceptibles de les modifier, risquerait d'être incomplet s'il n'était pas suivi d'une étude sur les actions en justice données aux attributaires de ces titres contre la société. En effet, de même que, suivant les principes généraux, tout droit est muni d'une action, de même les avantages, reconnus aux porteurs de parts, doivent être sanctionnés, si l'on veut qu'ils soient respectés et qu'ils ne subissent aucune atteinte arbitraire de la part de l'assemblée générale.

Il importe à présent d'énumérer les actions judiciaires mises à la disposition des porteurs de parts. Elles comprennent :

- 1° les actions en nullité de la société ;
- 2° les actions relatives aux comptes ;
- 3° les actions concernant les délibérations de l'assemblée générale.

1^o Actions en nullité de la société.

On sait que les règles concernant la constitution des commandites par actions et des sociétés anonymes (art. 1 à 5 et 22 à 25 de la loi de 1867) sont sanctionnées par la nullité qui peut être invoquée par tout intéressé. Lorsque l'annulation de la société est encourue, la loi du 24 juillet 1867 (art. 8 et 42) déclare alors responsables du préjudice causé aux tiers ou aux actionnaires, soit le gérant et les membres du premier Conseil de surveillance s'il s'agit d'une commandite par actions, soit les fondateurs et les premiers administrateurs s'il s'agit d'une société anonyme. En cas d'intérêt, les porteurs de parts bénéficiaires sont donc fondés à agir en nullité et à réclamer des dommages-intérêts en raison du dommage qu'ils peuvent subir (1).

2^o Actions relatives aux comptes.

L'utilité de cette catégorie d'actions judiciaires ne saurait échapper à personne. En effet, l'interdiction faite aux porteurs de parts de s'occuper des affaires sociales et l'obligation pour eux de n'élever aucune critique contre les décisions de l'assemblée générale peuvent avoir pour conséquence de les désarmer devant toute mesure arbi-

1. D'après un auteur (Lecouturier. *Traité*, n^o 128, p. 303), ce droit aurait pour fondement la disposition d'ordre général contenue dans l'article 1382 du Code civil. Nous ne croyons pas utile, en cette matière, de faire intervenir ce texte par suite de la rédaction très nette de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867.

traire et abusive émanant de la société. Notamment, il est à craindre que l'assemblée des actionnaires ne cherche par différents artifices à réduire ou même à supprimer les avantages dont ils jouissent en vertu des statuts. A cet égard, la pratique montre qu'une société n'éprouve aucun embarras à dissimuler une partie de ses bénéfices, tellement les moyens dont elle dispose pour atteindre ce but, sont nombreux et variés ! Les actions de cette catégorie ont précisément pour objet de remédier aux inconvénients que nous venons de rappeler brièvement. Elles tendent à obtenir, soit le paiement des bénéfices dus par la société aux porteurs, soit le redressement des comptes ou enfin la communication des livres et documents sociaux. Seules ces deux dernières hypothèses méritent d'être examinées.

a) *Action en redressement de comptes.*

Nous avons montré que la société est tenue d'établir des comptes et de procéder à la répartition des bénéfices en se conformant aux dispositions contenues à ce sujet dans les statuts ; qu'en outre aucune idée de fraude ou d'abus ne doit l'inspirer dans l'accomplissement de cette tâche. Là encore il importe de donner aux porteurs de parts une action en justice, si l'on veut contraindre la société à exécuter fidèlement les obligations qui lui incombent. Cette voie judiciaire prend ici la dénomination d'action en redressement de comptes. Elle peut être employée non seulement en cas d'inexactitude ou d'irrégularité des comptes sociaux, mais encore lorsque des amortissements ou des constitutions de réserves extraordinaires ont été opérés d'une

façon abusive, à moins qu'elle ne se heurte à une fin de non-recevoir, souvent édictée par les statuts, interdisant toute réclamation quelconque au sujet de l'importance de ces divers prélèvements. Ajoutons toutefois que ce moyen ne paralyserait nullement l'action des porteurs si ces derniers réussissaient à établir l'intention frauduleuse de la société par application de l'adage : *Fraus omnia corrumpit*. La question ne deviendrait délicate que s'ils avaient accepté leur part de bénéfices sans faire de réserve ou sans élever la moindre protestation. C'est là un point de fait qui doit être réglé par les circonstances de la cause.

Pour trancher les conflits nés à propos de l'établissement des comptes sociaux, les tribunaux se basent sur l'analogie existant entre la situation du commis intéressé et celle du porteur de parts. De même que l'un a le droit de demander en justice le contrôle des comptes présentés par son patron et par voie de conséquence peut exiger la suppression des abus ou des erreurs qu'il aurait remarqués, bien qu'il ne lui soit pas permis de critiquer les actes de gestion de son maître, de même l'autre est fondé à obtenir le redressement des bilans et inventaires, s'il prouve que les comptes sociaux n'ont pas été établis avec toute la sincérité et toute la loyauté désirables (1). C'est notamment dans ce sens que s'est prononcé le tribunal de Commerce de la Seine (2).

1. Aix, 6 décembre 1888. *Journal du Palais*, 1889, 1130.

2. Seine, 29 avril 1897, *Journal des Sociétés* 1897, 444. Seine, 16 janvier 1890, *Journal des Sociétés* 1890, 530.

b) *Actions en communication des livres
et documents sociaux.*

Comme il est aisé de le remarquer, les actions en communication des livres et documents sociaux sont le complément indispensable de celles qui précèdent.

Les porteurs de parts de fondateur ont droit à une fraction déterminée des bénéfices. Pour qu'ils soient assurés de l'exactitude des comptes arrêtés par la société, et notamment pour qu'ils puissent se rendre compte de la légitimité des prélèvements de toute sorte opérés sur l'ensemble des revenus sociaux, c'est là un point essentiel pour eux, il est nécessaire de les autoriser à prendre connaissance des livres, pièces, documents etc... ayant servi à la fixation de leur quote-part.

Bien que ce droit de contrôle soit admis sans difficulté, une voix dissidente s'est élevée pour en nier l'existence. M. Wahl, dans un article paru au *Journal des Sociétés* (1), a soutenu, non sans logique, que si la communication des livres existait incontestablement pour les partisans de la part-action et devait même s'étendre à toutes pièces auxquelles un associé peut prétendre, il en était autrement lorsqu'on se rangeait à l'avis de ceux qui considèrent ce titre comme une créance. Dans ce dernier cas, ajoute-t-il, le porteur est fondé seulement à s'adresser aux tribunaux en vue d'obtenir la nomination d'experts qui seront chargés de compulser les documents sociaux.

A nos yeux cette discussion est dénuée de tout intérêt.

1. Wahl, *Journal des Sociétés* 1897, 253.

Le droit de communication ne saurait être refusé au porteur de parts, du moment que le commis intéressé, suivant une jurisprudence constante, a le pouvoir de soumettre les livres de son patron à l'examen d'un expert, commis par les tribunaux. La même procédure sera employée à l'égard des attributaires de parts. Sur leur demande, les magistrats ordonneront la remise des documents sociaux entre les mains d'un mandataire de justice de leur choix, qui aura pour mission de les examiner et d'en tirer les conclusions qu'ils comportent. De cette façon le secret des affaires sociales sera rigoureusement sauvegardé.

*c) Actions concernant les délibérations
de l'assemblée générale.*

Les actions, concernant les délibérations de l'assemblée générale, se réfèrent, tantôt à un vice de forme ou à l'inobservation d'une règle de fond, tantôt, ainsi que nous l'avons dit précédemment, à un acte frauduleux dont la société se serait rendue coupable vis-à-vis des porteurs de part.

Elles peuvent aussi se baser sur le fait que l'assemblée générale aurait excédé les limites de ses droits et commis un abus de pouvoir caractérisé, par exemple, en portant aux avantages des fondateurs une atteinte qu'aucune raison sérieuse ne justifiait.

La règle fondamentale à poser en cette matière est la suivante : les recours exercés à la requête des détenteurs de parts bénéficiaires doivent tendre à faire prononcer la nullité des délibérations prises par les actionnaires, cha-

que fois que l'annulation est pratiquement réalisable. Par exception, si leur objet normal ne peut être atteint par suite d'un obstacle insurmontable, ils ne donneront lieu qu'à une réparation pécuniaire du préjudice subi conformément aux principes généraux du droit (art. 1142 et s. Code civ.). La dissolution anticipée d'une société est sans doute l'exemple le plus remarquable de l'impossibilité matérielle, à laquelle on se heurte parfois, lorsqu'il s'agit d'annuler une décision de l'assemblée générale.

Le tempérament, qu'il convient d'apporter à la règle que nous venons de formuler, mérite de retenir notre attention, car il soulève une question assez délicate. La voici : Sur quelles bases faut-il calculer le montant de l'indemnité due aux porteurs de parts, au cas où la société se dissout avant le terme convenu ? A l'aide de quels éléments peut-on en fixer le montant ? Comme l'a dit M. Wahl, le caractère spécial des parts de fondateur, dont la valeur est entièrement subordonnée à la réalisation de bénéfices, ne permet pas d'apprécier d'une façon précise l'importance du dommage occasionné aux porteurs de ces titres par le fait de la dissolution anticipée. Il est, en effet, sinon impossible, du moins fort difficile, de savoir si une entreprise produira des revenus durant les exercices à venir et quel sera le montant des bénéfices réalisés.

Pour surmonter cette difficulté d'ordre pratique, les Tribunaux ont proposé et suivi différents systèmes. Tantôt ils calculent l'indemnité en prenant pour base la moyenne des répartitions antérieures allouées aux porteurs de parts, déduction faite d'une certaine somme

représentant les chances variables des affaires sociales (1), tantôt ils la fixent au montant du prix d'achat des parts bénéficiaires, augmenté d'une somme correspondant aux frais d'acquisition et aux intérêts légaux (2). Enfin quelquefois ils prennent en considération le cours des titres tel qu'il est coté à la Bourse lors du vote de la dissolution anticipée.

1. Paris, 17 juin 1891 sous Cass. 4 juillet 1893. S. 93. 1. 373.

2. Paris, 20 juillet 1897. *Journal des Sociétés*, 1899. 158.

CHAPITRE IX

GROUPEMENT DE PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR. ORGANISATION DE LEURS ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

Nous avons signalé en temps utile les nombreuses difficultés, auxquelles les sociétés par actions se heurtent, lorsque les circonstances les obligent à prendre à l'égard des porteurs de parts bénéficiaires des décisions particulièrement importantes, comme le rachat ou la réduction des avantages attachés à leurs titres. Notamment dans ces deux hypothèses, si l'application des principes généraux du droit était faite avec rigueur et sans le moindre tempérament, les exigences de la pratique risqueraient fort d'être méconnues. En effet, d'après le droit commun, pour qu'une convention puisse être modifiée, le concours de tous les contractants est obligatoire et le défaut d'un seul met obstacle à la volonté des autres. Ce qui revient à dire que les décisions prises par l'assemblée générale des actionnaires, tout au moins celles qui portent une atteinte directe aux droits des porteurs de parts, ne sont opposables à ces derniers qu'avec leur consentement unanime. Or il n'est pas difficile d'apercevoir qu'en fait cette condi-

tion sera rarement remplie car toute mesure, si juste et si raisonnable soit-elle, ne manquera pas de susciter des partisans convaincus comme des adversaires irréductibles. Et cependant les résolutions, votées par l'assemblée générale, peuvent être souvent inspirées par des raisons légitimes, notamment par le louable désir de mettre fin à un obstacle paralysant l'essor de la société ou d'apporter certaines améliorations, jugées utiles au développement de l'entreprise. En réunissant les porteurs de parts en assemblées spéciales où la loi de la majorité s'imposera à tous, on remédie aux inconvénients que nous venons de rappeler.

Une autre idée milite aussi en faveur de ces groupements. Des personnes, liées par une étroite communauté d'intérêts, ne sont capables d'assurer la défense et le respect de leurs droits que si elles unissent leurs efforts et acceptent de s'associer. C'est la seule façon pour elles de se mettre à l'abri de toute atteinte arbitraire, susceptible de diminuer ou même de rendre illusoires les avantages dont elles jouissent : ce qui sera un résultat fort appréciable pour les porteurs de parts, surtout si l'on songe que leur situation est souvent à la merci de la société (1). On comprend dès lors que la pratique ait conseillé vivement aux propriétaires de parts bénéficiaires de former des groupements obligatoires, à la ressemblance de ceux qui

1. A ce sujet un auteur, M. Lecouturier (*Traité des Sociétés*, n° 113), a fait observer que grâce au groupement les porteurs pourront, comme les actionnaires, ester en justice contre les gérants et membres du conseil de surveillance ou contre les administrateurs de la Société anonyme (Art. 17 et 39 loi de 1867).

s'étaient créés depuis plusieurs années pour défendre les intérêts des obligataires.

L'association ainsi constituée prend en général la dénomination de société civile ou encore de Syndicat et se compose de tous les détenteurs actuels et futurs de parts de fondateur. Son existence prend fin à l'extinction des droits réservés à ces titres. Son caractère obligatoire résulte de ce que l'acquisition d'une part bénéficiaire confère de suite à l'acheteur la qualité de membre de l'association et l'oblige à se soumettre aux dispositions des statuts.

Suivant la formule couramment usitée, l'objet du groupement consiste à mettre en commun, à centraliser les droits et actions attachés aux parts pour la protection de leurs intérêts et en général pour la solution de toutes les questions les concernant à un titre quelconque.

Les statuts ne manquent pas non plus de prévoir et de réglementer avec précision les différents organes auxquels incombe le soin de gérer l'association. Ainsi, ils déterminent le nombre des administrateurs, leur mode de nomination, leurs pouvoirs, qui sont en général très larges. Les questions, ayant trait à la tenue, au fonctionnement et aux droits de l'assemblée générale des porteurs de parts, ne sont pas passées sous silence par le pacte social (1).

Tous les points, intéressant à un degré quelconque les détenteurs de parts bénéficiaires, notamment lorsqu'il s'agit de modifier, transformer ou éteindre leurs droits,

1. Consulter à ce sujet la proposition de loi, rapportée par M. Coignet, sénateur, et reproduite dans la *Vie financière*, 15 février 1923.

sont soumis à l'appréciation de cet important rouage. Comme pour les actionnaires, la validité des délibérations prises par l'assemblée générale est assujettie à des conditions de fonds et de forme et entre autres à un système de quorum successif et atténué.

Lorsque les résolutions sont votées régulièrement par la majorité des membres de l'association, elles s'imposent à tous, aux absents comme aux dissidents, et le refus d'un seul ne peut mettre obstacle à la réalisation de la mesure projetée.

On évite de la sorte le grave inconvénient que nous avons signalé plus haut. Pour éviter toute discussion sur ce point essentiel, il est d'ordinaire stipulé que les porteurs de parts seront tenus de se soumettre aux dispositions des statuts et d'accepter sans réserve les délibérations de l'assemblée générale. Bien que cette clause soit licite, il importe de ne pas lui attribuer une portée trop étendue. En effet, si la mise en commun des droits et avantages, appartenant aux attributaires de parts, a pour effet de restreindre dans une certaine mesure leur liberté d'action, il n'en demeure pas moins certain qu'ils conservent toujours la propriété exclusive de leurs titres et qu'ils peuvent à tout moment les aliéner et les céder comme bon leur semblera, sauf dans l'hypothèse où la décision votée par l'assemblée serait fondée sur l'intérêt général (1).

1. Ainsi, les porteurs de parts peuvent traiter individuellement et de gré à gré avec la société pour le rachat de leurs titres en l'absence de toute délibération de l'assemblée, mais, à l'inverse, ils sont mal fondés à s'opposer à l'exécution de cette mesure si elle est votée dans un but d'intérêt commun.

CHAPITRE X

RÉGIME FISCAL

Les diverses taxes fiscales auxquelles sont assujetties les parts de fondateur sont au nombre de quatre : l'enregistrement, le timbre, le droit de transmission et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

I. — Enregistrement.

a) DROIT PROPORTIONNEL ORDINAIRE

On sait que tout acte de constitution de société, ne contenant ni obligation, ni libération, ni transmission de biens ou valeurs de toute sorte entre associés ou autres personnes, est soumis à un droit proportionnel ordinaire, primitivement fixé à 0 fr. 25 par fraction de 100 francs (art. 19, loi du 28 avril 1893), et porté à 1 0/0 (sans addition de décimes) sur le montant net cumulé des apports mobiliers et immobiliers (1) (art. 15, loi du 29 juin 1918).

1. C'est-à-dire déduction faite du passif qui grève ces apports.

Cette disposition légale s'applique sans aucun doute à tout pacte social, prévoyant la création de parts de fondateur. Donc, si ces titres sont attribués en retour d'apports faits à la société, ils seront soumis au droit proportionnel ordinaire (1).

Dans la pratique les statuts ne manquent pas de fixer à cet effet la valeur des biens et objets apportés car autrement il serait nécessaire de recourir à une déclaration estimative, certifiée et signée par les intéressés (Loi du 22 Frimaire an VII, art. 16).

b) DROITS PROPORTIONNELS PARTICULIERS

Le contrat de société peut aussi renfermer une obligation, libération, ou transmission de biens : auquel cas il est passible d'un droit proportionnel particulier, variable suivant les hypothèses. Ainsi, lorsque l'apport d'un bien déterminé est rétribué purement et simplement sous la forme d'une somme d'argent, l'opération dont il s'agit constitue une cession à titre onéreux, soumise au droit proportionnel qui est acquitté en cas de vente et dont le taux varie suivant la nature du bien apporté. Si au contraire l'apport est rémunéré au moyen d'actions ou de parts de fondateur, le droit de vente n'est pas dû (2). Les tribu-

1. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal de Provins, 14 avril 1910. *Journal des Sociétés*, 1911, 465.

2. Seine 13 janvier 1906. *Journal des Sociétés*, 1906, 371. Cass., 3 décembre 1906. *Journal des Sociétés*, 1907, 428. Seine, 30 mai 1907. *Journal des Sociétés*, 1909, 23. Seine, 16 décembre 1912. *Revue de l'Enregistrement*, art. 5979.

naux ont appliqué souvent ces règles. Ainsi, il a été jugé que le fait pour un associé, ayant reçu des actions ou des parts bénéficiaires en retour de son apport, de les aliéner en totalité ou partiellement à des tiers, avant que la société soit définitivement formée, constitue une vente qui doit être assujettie non pas au droit prévu par l'article 41 de la loi du 29 mars 1914, concernant le droit de cession des parts sociales, titres, etc..., mais à celle résultant de la vente puisque telle est sa nature juridique (1).

II. — Timbre.

En droit fiscal, tout titre ou certificat d'action dans une société quelconque est passible du droit de timbre proportionnel, dont le taux (1 fr. ou 2 fr. par 100 fr.) est variable suivant la durée d'existence de la société (Loi du 5 juin 1850, art. 40, loi du 29 mars 1914 et art. 48, loi du 25 juin 1920). Rédigée en termes généraux, cette disposition s'étend certainement aux parts de fondateur. La Doctrine (2), faisant abstraction du caractère de droit de créance reconnu en général à ces titres, n'hésite pas à les assimiler au point de vue fiscal à des actions et à décider par voie de conséquence que le droit de timbre, applicable en l'espèce, doit se calculer non pas sur la valeur nominale des titres, puisqu'elle fait défaut par définition, mais sur leur valeur réelle, fixée en général par les cours

1. Rociroi, 6 mars 1891. *Recueil périodique de l'Enregistrement*, art. 7683. Seine, 16 mars 1914. *Revue de l'Enregistrement*, art. 6059.

2. Voir Houpin. *Traité des Sociétés*, n° 1582.

de la Bourse ou en l'absence de cotation par l'estimation des parties. Toutefois un auteur, M. Wahl, témoignant d'une logique intransigeante, préfère leur appliquer toutes les conséquences tirées du système de la part-créance auquel il s'est rallié. L'intérêt de la controverse n'existe qu'au point de vue de l'assiette de l'impôt. Si la part est une action, le calcul du droit s'effectue sur le montant nominal, ou subsidiairement sur la valeur effective, déterminée à l'aide d'une déclaration des intéressés. S'agit-il au contraire d'une créance, la perception de la taxe se base sur l'importance de la somme à rembourser (art. 27, loi du 5 juin 1850 et art. 40, loi du 29 mars 1914).

Par extension, il convient également de décider que le droit d'abonnement, accordé en matière d'actions, dont le taux annuel est de 0 fr. 10 0/0 du capital nominal des titres (art. 22, loi du 5 juin 1850, modifié par l'article 48, loi du 15 juin 1920), pourra être exercé par les sociétés dont les statuts prévoient l'existence de parts de fondateur.

III. — Droit de transmission et taxe annuelle.

Indépendamment des impôts d'enregistrement et du timbre, il existe un troisième droit auquel sont soumises les valeurs mobilières : c'est celui de transmission, dont la perception s'effectue de façon différente selon la forme du titre. Pour les titres nominatifs, la taxe est acquittée lors de chaque aliénation, et elle s'établit sur le montant de la vente. S'agit-il au contraire d'actions au porteur, le droit de mutation, par suite des difficultés auxquelles se

heurerait son recouvrement, est remplacé par une taxe annuelle, calculée sur le cours moyen du titre pendant l'année précédente ou à défaut suivant une déclaration des parties, que l'Administration se réserve de critiquer, si elle la juge insuffisante. Elle se perçoit par la société, qui en fait l'avance, sous forme d'une retenue pratiquée au moment de la mise en paiement des dividendes.

Comme le champ d'application de cet impôt est très étendu, puisqu'il vise toute aliénation de titres de sociétés, il est certain que les parts de fondateur ne lui échappent pas. Au surplus, l'article 41 in fine de la loi du 29 mars 1914 renvoie, pour le droit de transmission, à l'article 31, § 2 de la même loi, qui mentionne expressément les parts bénéficiaires.

Sa quotité est variable : il est de 0 fr. 90 par 100 fr. du capital des titres lorsque l'aliénation du titre nominatif ne peut s'opérer d'après les statuts que par un transfert sur les registres de la société (ex. : transfert de certificats provisoires d'actions non libérées) et de 0 fr. 60 pour les titres au porteur, ainsi que pour ceux dont la transmission peut s'opérer sans la formalité du transfert (art. 5 et 6, loi du 26 décembre 1908, art. 41, loi du 29 mars 1914, art. 49, loi du 23 juin 1920 et art. 18, loi du 30 juin 1923).

IV. — Impôt sur le revenu.

L'article 1^{er} de la loi du 29 juin 1872 a institué une nouvelle taxe portant : « 1^o sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature

« des sociétés, compagnies ou entreprises quelconques et
« 2° sur les arrérages et intérêts annuels des emprunts et
« obligations... »

Une loi postérieure, celle du 29 mars 1914, maintenant les dispositions qui précèdent, est venue assujettir les parts de fondateurs à cette taxe (art. 31). En conséquence, tous les bénéfices alloués aux porteurs de ces titres, aussi bien pendant l'existence sociale que lors de la liquidation, sont frappés de l'impôt sur le revenu, primitivement fixé à 3 0/0 (art. 3, loi 29 juin 1872), et porté à 4 0/0 par la loi du 26 décembre 1890, puis à 5 0/0 à partir du 1^{er} janvier 1917, aux termes de l'article 11 de la loi du 30 décembre 1916, et enfin à 10 0/0 d'après la loi du 23 juin 1920 (art. 50) (1).

Sa perception est subordonnée à la condition que les produits et revenus réalisés par la société constituent un profit véritable au regard des propriétaires de parts de fondateur. Ainsi, lorsque les premières distributions du dividende leur sont faites, on les affecte jusqu'à due concurrence au remboursement des biens et valeurs de toute sorte, qu'ils ont cédés à la société, si par hypothèse ils ont reçu à titre de rémunération un droit à une fraction de bénéfices. Dans ces conditions seules, les sommes allouées en sus de la valeur de ces apports constituent des bénéfices proprement dits et comme tels sont soumis à la taxe sur le revenu.

La Jurisprudence a fait de nombreuses applications de ces règles à propos du rachat des parts de fondateur.

1. Ce taux est porté à 12 0/0 pour les valeurs mobilières étrangères.

D'après elle, la taxe n'est due que si le porteur reçoit comme prix de rachat de ses titres une somme supérieure à la valeur de son apport, auquel cas l'excédent constitue pour lui un bénéfice imposable. Parmi les nombreuses décisions rendues sur ce point (1), nous citerons un arrêt de la Cour de Cassation en date du 7 mars 1921 (2), qui a confirmé à nouveau cette jurisprudence constante en rappelant que le rachat, effectué au moyen de bénéfices sociaux, donne lieu à la perception de l'impôt sur le revenu sur tout ce qui est distribué en sus de la valeur initiale des parts de fondateur.

A l'inverse, la taxe n'est pas exigible si le rachat s'opère à l'aide de sommes provenant d'un appel de fonds réalisé sous la forme d'une émission d'actions nouvelles ou d'obligations (3).

Quant à la fixation de la valeur imposable, elle est une question de fait qui sera résolue en utilisant les modes de preuve, admis en matière fiscale, et notamment en faisant appel aux livres et documents sociaux, à condition toutefois que ces pièces soient aussi exactes et sincères que possible. En fait les tribunaux se basent assez fréquemment

1. Voir : CC. Cass., 17 décembre 1906. *Journal des Sociétés*, 1907, 347. Marseille, 17 mars 1909. *Journal des Sociétés*, 1911, 462. Tr. civ. Lyon, 15 juin 1915. *Journal des Sociétés*, 1919, 116. Trib. civil Seine, 10 décembre 1915. *Journal des Sociétés*, 1919, 126. Tr. civil Alger, 21 mars 1918. *Journal des Sociétés*, 1919, p. 341. Contra, Marseille, 7 juillet 1910. *Journal des Sociétés*, 1912, 524.

2. Cass., 7 mars 1921. *Journal des Sociétés*, avril 1922, p. 151.

3. Cass. 7 novembre 1910. *Journal des Sociétés*, 1911, 272. Tr. civil Melun, 11 juillet 1914. *Journal des Sociétés*, 1915, 315.

sur l'évaluation, faite par les intéressés en vue de la perception du droit d'abonnement au timbre, pour décider que l'impôt est dû sur la somme représentant l'écart entre cette évaluation et le prix de rachat arrêté par la société.

APPENDICE

DISPOSITIONS DIVERSES CONCERNANT LES PARTS DE FONDATEUR

Législation de guerre.

Les différents textes de loi qui composent, suivant l'expression consacrée, la législation de guerre, contiennent certaines dispositions concernant les parts de fondateur.

Citons en premier lieu un décret du 29 avril 1914, qui a conféré aux sociétés régies par les lois françaises le pouvoir de suspendre le remboursement de leurs obligations jusqu'à une date fixée après la cessation des hostilités, ainsi que celui de leurs actions. Pour ce qui a trait au paiement des dividendes, dus aux porteurs d'actions ou de parts bénéficiaires, ce texte accorde aux sociétés le même droit que pour les coupons d'obligations (art. 4), c'est-à-dire celui de suspendre ou de ne payer qu'un acompte après une déclaration faite dans un délai imparti au bureau d'enregistrement du siège social.

Dans le but d'empêcher que la société ne payât d'abord les actionnaires et les porteurs de parts au détriment des obligataires, et afin de permettre aux créanciers sociaux

d'être désintéressés avant toutes autres personnes, un décret ultérieur, celui du 23 septembre 1914, a ordonné aux sociétés, visées par le décret du 29 août 1914, de suspendre complètement le paiement des sommes dues aux actionnaires et porteurs de parts. La sanction, qu'il édicte dans son article 2, se retrouve dans l'article 5 du décret du 27 septembre 1914, relatif à la prorogation des échéances et au retrait des dépôts espèces dans les banques et établissements de crédit.

Enfin un décret du 27 octobre 1914 (art. 1^{er}) a eu pour objet d'étendre les dispositions des décrets précédents, non seulement au remboursement des obligations, mais encore au paiement des coupons, dividendes et intérêts dont l'échéance tombait avant le 1^{er} janvier 1915.

La loi du 4 avril 1915, tendant à protéger les propriétaires de valeurs mobilières, dépossédés par suite de fait de guerre, est applicable aussi aux parts de fondateur en raison des termes généraux de sa rédaction (1).

Législation actuelle.

Dans la législation actuelle; on peut mentionner un texte, particulièrement important par ses conséquences (2), l'article 111 de la loi du 25 juin 1920, qui attribue à l'Etat les sommes et valeurs atteintes par la prescription. Il est ainsi libellé : « Sont définitivement acquis à l'Etat : 1° le « montant des coupons, intérêts ou dividendes atteints

1. Voir commentaire dans *Revue des Sociétés*, 1915, p. 36 et s.

2. Voir commentaire de M. Wahl dans *Journal des Sociétés*, 1921, p. 322.

« par la prescription quinquennale et afférents à des
« actions ou des obligations négociables émises par toute
« société ; 2° les actions, parts de fondateur et autres
« valeurs mobilières des mêmes sociétés ou collectivités,
« lorsqu'elles sont atteintes par la prescription trente-
« naire ». Enfin, depuis la loi du 28 décembre 1922, portant
ouverture et annulation de crédits sur l'exercice 1922, un
nouveau régime fiscal est applicable (1) aux actions ou
parts de fondateur dont les titres ne sont pas matérielle-
ment créés. Il résulte de l'article 24 ainsi conçu :

Art. 24. — « Dans les sociétés, compagnies ou entrepri-
« ses dont le capital est divisé en actions, mais qui n'ont
« pas encore créé matériellement leurs titres, le droit
« incorporel de l'actionnaire ou du titulaire de la part de
« fondateur est immédiatement passible de la taxe annuelle
« et obligatoire, instituée par l'article 6 § 2 de la loi du
« 23 juin 1857, au taux de 0,50 0/0, fixé par l'article 49 de
« la loi du 25 juin 1920 (2).

« Pendant la période qui précède la création matérielle
« des titres, les transmissions à titre onéreux de ce droit
« incorporel, sous quelque forme qu'elles soient consta-
« tées, sont affranchies de tout autre droit de mutation ».

Ce texte a été motivé par une nouvelle interprétation

1. Voir la brochure publiée par la C^{ie} Fiduciaire pour le commerce et l'industrie, Paris, 16, rue Vézelay et intitulée : *Le Nouveau régime fiscal*, applicable : 1° aux cessions de parts sociales ; 2° aux actions ou parts de fondateur, dont les titres ne sont pas matériellement créés.

2. Ce taux a été porté à 0,60 0/0 en vertu de l'article 18 de la loi du 30 juin 1923.

que la Cour de cassation avait donnée à l'expression « titre », figurant dans l'article 6 de la loi du 23 juin 1857, et d'après laquelle la taxe annuelle de transmission ne pouvait s'appliquer qu'à un droit constaté par un titre matériel et n'était exigible que sur les titres négociables matériellement créés.

Désormais les parts de fondateur dans les sociétés par actions sont assujetties à cet impôt pendant la période comprise entre le moment où elles existent juridiquement, c'est-à-dire lors de l'assemblée générale constitutive, et celui où elles sont matérialisées sous la forme de valeurs, susceptibles d'être négociées. Ajoutons qu'en vertu de ces nouvelles dispositions les sociétés auront intérêt à procéder de suite à la création matérielle de ces titres car si le droit de timbre proportionnel (0,10 0/0) sur le nominal du titre devient alors exigible, par contre l'impôt de transmission, actuellement de 0,60 0/0 et menacé sans doute de nouvelles augmentations, ne sera pas perçu. Elles y trouveront donc un avantage certain et appréciable (1).

1. Nous visons ici les actions et parts de fondateur, devant être créées sous la forme nominative à la date extrême du 31 mars 1923, car, lors de la mise en vigueur de cette loi, l'Administration de l'Enregistrement a décidé de ne pas insister sur le paiement de la taxe de 0,50 0/0, bien qu'elle fût devenue légalement exigible à dater du 1^{er} janvier 1923, à condition que les titres aient été créés avant l'expiration de ce délai de grâce.

CONCLUSION

Au cours de notre étude sur les parts bénéficiaires, nous avons constaté à maintes reprises, que l'absence de réglementation légale avait pour principale conséquence de provoquer de nombreuses et délicates discussions dans les rapports entre actionnaires et porteurs de parts. Que quelques-unes de ces controverses, notamment celle qui a trait à la nature juridique de ces titres, aient été, sinon résolues, du moins sensiblement atténuées, c'est là un résultat dont le mérite doit être attribué en majeure partie aux Tribunaux, qui se sont efforcés de compléter l'œuvre incomplète du législateur en créant de leur propre initiative un véritable droit prétorien. Mais il demeure toujours vrai d'affirmer que ces monuments de jurisprudence, malgré leur variété et leur diversité, ne projettent pas toute la lumière désirable sur les obscurités que comporte un tel sujet.

Ils ne suppriment en particulier, ni les difficultés de toute sorte, signalées dans notre étude des différentes modifications de statuts, ni les entraves que l'existence des porteurs de parts bénéficiaires est susceptible d'apporter au développement des affaires sociales. N'avons-nous pas eu

soin de montrer que la tendance de ces porteurs consistait assez souvent à s'insurger de façon systématique contre les décisions prises par l'assemblée générale des actionnaires.

C'est pourquoi, nous estimons qu'en cette matière plus qu'en toute autre l'intervention du législateur est non seulement désirable, mais encore nécessaire.

Par arrêté ministériel, en date du 21 juin 1902, une commission extra-parlementaire a été instituée avec mission d'établir et de rédiger un projet de loi concernant les obligations et les parts de fondateur créées par les sociétés par actions (1). Ce projet de loi, accompagné d'un rapport, signé de M. Rodolphe Rousseau, fut remis au Garde des Sceaux, mais aucune discussion ne s'ensuivit devant le Parlement. Après la cessation des hostilités, le succès grandissant de ces titres finit par attirer l'attention du législateur sur la nécessité de combler l'importante lacune que présente notre droit des sociétés. Au cours de l'année dernière, la Commission Sénatoriale décida d'élaborer une proposition spéciale, tendant à déterminer de façon précise la législation des parts bénéficiaires et à cet effet elle chargea l'un de ses membres, M. Coignet, de rédiger un rapport. Ce travail qui est achevé depuis quelques mois, va donc permettre à la Haute Assemblée de discuter et de voter avec toute la célérité désirable le projet de loi dont elle est actuellement saisie. Sans vouloir nous étendre sur les diverses solutions qu'il renferme, nous nous permettrons seulement de rappeler que deux idées essentielles sont à sa base.

1. Voir *Journal des Sociétés*, 1903, p. 432 et s.

En premier lieu la part de fondateur est considérée et traitée à juste titre, nous semble-t-il, comme un droit à des bénéfices éventuels; ce qui mettra fin à toute discussion sur sa nature juridique. Puis, la loi de la majorité, dont nous avons signalé plus haut le rôle bienfaisant, est érigée en règle fondamentale, s'imposant à tous les porteurs de parts bénéficiaires.

Si cette disposition essentielle est adoptée par le législateur, comme nous l'espérons fermement, les délicates et multiples difficultés, signalées au cours de notre étude sur les modifications statutaires, qui peuvent être apportées pendant l'existence sociale, seront considérablement aplanies. Ainsi réglementée, une telle combinaison, née de la pratique des affaires, ne constituera plus, pour la société qui l'a adoptée, un obstacle insurmontable et, en raison des précieux services qu'elle rend et des immenses avantages qu'elle comporte, elle sera assurée de prendre un essor de plus en plus grand; à tel point que, tôt ou tard, toute entreprise, désireuse de prospérer, sera conduite bon gré mal gré à lui réserver une place importante dans son organisation.

Puisse le législateur ne pas trop tarder à réaliser cette œuvre qui s'impose !

3 septembre 1923.

VU :

Le Président :
CH. LYON-CAEN.

VU :

Le Doyen :
BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris :
APPELL.

BIBLIOGRAPHIE

- ARTHUYS. — *Traité des Sociétés commerciales.*
AVOND. — *Thèse de Doctorat.* Lyon, 1899.
BLANCHET. — *Thèse de Doctorat.* Paris, 1910.
BOUSQUET. — *Journal des Sociétés*, 1885.
CELLERIER. — *Etude sur les Sociétés anonymes*, 1905.
CHAVEGRIN. — Note dans Sirey, 1889. 1. 417.
COMPAGNIE FIDUCIAIRE POUR LE COMMERCE ET L'INDUSTRIE. — *Le nouveau Régime Fiscal applicable aux valeurs dont les titres ne sont pas matériellement créés.*
DE COURCY. — *Les Sociétés anonymes.*
DELOISON. — *Traité des Sociétés.*
DALLOZ.
DURANDY. — *Les Assemblées d'actionnaires dans les Sociétés anonymes.*
GARNIER. — *Répertoire général de l'Enregistrement.*
Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
GENEVOIS. — *Le nouveau Régime des Sociétés.*
GOIRAND. — *Des Sociétés par actions.*
HOUPIN. — *Traité général des Sociétés civiles et commerciales.*
— *Journal des Sociétés.* Notes diverses.
Journal des Sociétés civiles et commerciales.
LACOUR. — *Précis de Droit commercial.*
LYON-CAEN et RENAULT. — *Manuel de Droit commercial.*
LECOUTURIER. — *Traité des Parts de Fondateur.*
— *Manuel Pratique des Assemblées d'actionnaires.*
— *Revue critique de Législation et Jurisprudence.*

- MARIA. — *Des Modifications du Capital social.*
- MAZAS. — *Les Parts de Fondateur* (Thèse, Province, 1901).
Pandectes Françaises. V^o Sociétés.
- PERCEROU. — *Des Fondateurs de Sociétés* (Thèse, Province, 1896)
- PONT. — *Traité du Contrat de Société.*
Revue des Sociétés.
Revue critique de Législation et Jurisprudence.
- ROUSSEAU. — *Manuel des Sociétés par actions.*
— *Questions nouvelles sur les Sociétés.*
- SIREY.
- THALLER. — *Traité de Droit commercial.*
— *Notes diverses dans Dalloz.*
- TRYSTRAM. — *Les Parts de Fondateur* (Thèse, Paris, 1902).
- VAVASSEUR. — *Traité des Sociétés.*
Vie Financière. Journal du 15 février 1923.
- WAHL. — Etude sur les Parts de Fondateur, *Journal des Sociétés*, 1897.
— Notes diverses dans Sirey.
— *Précis de Droit commercial.*
-

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

	Pages
Notions générales	1

CHAPITRE II

Nature juridique des Parts de Fondateur	15
Système de la Part Action	17
Système de la Part sociale	24
Système de la Part créance	28
Autres systèmes	33
Jurisprudence	35

CHAPITRE III

Légalité des Parts de Fondateur	40
---	----

CHAPITRE IV

Régime des Parts de Fondateur	46
---	----

CHAPITRE V

Droits et obligations des Porteurs de Parts	64
---	----

CHAPITRE VI

Etude des divers événements qui ont une influence sur l'exercice des droits des Porteurs de Parts	93
---	----

CHAPITRE VII

	Pages
Etude des conflits entre Porteurs de Parts et Actionnaires. . .	117
A. Modifications atteignant indirectement les Porteurs de Parts de Fondateur	122
B. Modifications atteignant directement les Porteurs de Parts de Fondateur.	148

CHAPITRE VIII

Actions des Porteurs de Parts contre la Société	153
---	-----

CHAPITRE IX

Groupement de Porteurs de Parts de Fondateur	161
Organisation de leurs Assemblées générales	161

CHAPITRE X

Régime fiscal	165
-------------------------	-----

APPENDICE

Dispositions diverses concernant les Parts de Fondateur. . .	173
Conclusion	177

